Der Kauf auf Spezifikation

nach

Bürgerlichem und Handelsrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristenfakultät

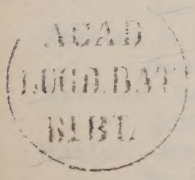
der

Großherzoglich Mecklenburgischen Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Friedrich Wankelmuth,

Referendar.



Berlin 1901.

Druck von Bernhard Paul, Wilhelmstr. 22 a.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0057

Folgende Werke sind abgekürzt angeführt:

Bekker: Zur Lehre vom Genuskauf in den Jahrbüchern des gemeinen Rechts Bd. 5 S. 350 ff.

Berndorff: Gattungsschuld. 1900.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. — Lehrbuch des Handelsrechts.

Denkschrift zum Entwurf des neuen H.G.B.

Dernburg: Recht der Schuldverhältnisse.

Eck: Gattungskauf in von Holtzendorffs Rechtslexikon.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.

Goldmann und Lilienthal: Das B.G.B. nach der Legalordnung des A.L.R.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts.

Götte: Schadenersatz wegen Nichterfüllung in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 399.

von Hahn: Besprechungen der Abhandlungen Römers in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 23. Ueber den Spezifikationskauf S. 634—637.

Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht.

Haver: Gattungsschuld.

Hirsch: Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge 1895. Ueber den Spezifikationskauf S. 159—167.

Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 366 ff. Gefahr beim Gattungskauf.

Karlowa: Ueber den Begriff der fungibeln Sachen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16 S. 406 ff.

Kohler: Gläubigerverzug im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 183 ff. — Annahme und Annahmeverzug, in Iherings Jahrbüchern Bd. 17. Ueber den Spezifikationskauf S. 273 ff., 358 ff., 401, 408 ff.

Motive zum B.G.B. Entwurf I.
Oertmann: Archiv für die civilistische Praxis Bd. 85 S. 202—233. Ueber den Spezifikationskauf. — Recht der Schuldverhältnisse.
Planck: Kommentar zum B.G.B.
Protokolle zum B.G.B. 2. Lesung.
Regelsberger: Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49 S. 183 ff.
Römer: Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht Heft I 1877. Ueber den Spezifikationskauf S. 132—148.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse.
Stammler: Recht der Schuldverhältnisse.
Staub: Kommentar zum H.G.B.
Staudinger: Kommentar zum B.G.B.
Szkolny und Caro: Kommentar zum B.G.B.
Weber: Der Spezifikationskauf. Diss. Göttingen 1897.
Windscheid: Pandekten.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft.

Sonstige Literatur zum Spezifikationskauf.

Lochner: Der Spezifikationskauf. Diss. Erlangen 1898.
Markus: Zum Spezifikationskauf, in den Blättern für Rechtspflege 1897 Nr. 5 S. 45 ff.

Anmerkung.

§. ohne nähere Bezeichnung verweist auf B.G.B.

Anordnung des Stoffes.

I. Einleitung . . . . . §. 1

II. Rechtliche Behandlung des Spezifikationskaufs . . §. 2

III. Die Rechte des Verkäufers beim Spezifikationsverzug des Käufers:

1) die Spezifikation — ein Recht des Käufers:

a) Spezifikationsverzug als Annahmeverzug im allgemeinen . . . . . §. 3

b) Recht der Hinterlegung . . . . . §. 4

c) Recht des Selbsthilfeverkaufs . . . . . §. 5

2) die Spezifikation — eine Pflicht des Käufers:

a) Klage auf Vornahme der Spezifikation . . §. 6

b) Klage auf den Mindestpreis . . . . . §. 7

c) Spezifikationsverzug als Leistungsverzug im allgemeinen . . . . . §. 8

d) die Rechte aus §. 326 B.G.B. . . . . §. 9

3) der Uebergang des Spezifikationsrechts auf den Verkäufer . . . . . §. 10

4) Verhältnis der verschiedenen Rechte zu einander §. 11

IV. Schluß . . . . . §. 12

I.

Einleitung.

§. 1.

„Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet“ [1]). Hat sich der Unternehmer zur Herstellung einer Sache — und darum handelt es sich beim Spezifikationskauf — aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe verpflichtet, so dient der Werkvertrag demselben wirtschaftlichen Zweck wie der Kauf: nämlich dem Besteller oder Käufer eine Sache zu verschaffen; ob diese Sache zur Zeit des Vertragsschlusses schon vorhanden bezw. schon in der gewünschten Gestalt vorhanden ist oder nicht, macht keinen wesentlichen Unterschied. Daher „faßte der Entwurf I des B.G.B. jeden Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung einer Sache aus einem von ihm zu liefernden Stoffe verpflichtet, als Kaufvertrag auf, überließ es aber den Vertragschließenden, sich den Vorschriften über den Werkvertrag in beliebigem Umfange zu unterwerfen“ [2]).

Nun kann aber der Käufer bei Mangelhaftigkeit der Kaufsache sofort Wandelung oder Minderung verlangen (§. 462), der Besteller jedoch muß dem Unternehmer vorher

[1]) §. 631.

[2]) Protokolle Bd. 2 S. 339.

noch eine Frist zur Ausbesserung gewähren (§. 634). Man wünschte diese Ausbesserungsmöglichkeit dem Unternehmer auch in dem Falle zu lassen, in dem er selber den Stoff liefert. Infolgedessen hat das B. G. B. wenigstens für nichtvertretbare Sachen die Vorschriften des Kaufs über Wandelung und Minderung[3]) durch die entsprechenden des Werkvertrags ersetzt. Es hat aber an dem Leitsatz festgehalten, daß jeder Vertrag über Herstellung einer Sache aus einem vom Unternehmer zu liefernden Stoffe, als Kauf zu behandeln ist. Noch darüber hinausgehend unterstellt das H. G. B. im §. 381, 2 auch die Fälle, in denen es sich um Herstellung einer nicht vertretbaren Sache handelt, den Regeln des Kaufs.

So sehr nun auch der Kauf und der Werkvertrag nach §. 651 im wirtschaftlichen Erfolge auf dasselbe hinauslaufen, so haben sie doch den erwähnten Unterschied, daß die Sache[4]) beim Kaufe bereits vorhanden, beim Werkvertrage erst herzustellen ist. Daher kommt es beim Werkvertrage sehr häufig vor, daß die nähere Bestimmung über die Herstellung vom Besteller erst im Laufe der Arbeit getroffen wird, während der Käufer entweder beim Kaufe einer Einzelsache jeder „weiteren" Bestimmung überhoben ist, oder beim Kaufe einer nur der Gattung nach bestimmten Sache regelmäßig schon beim Vertragsschlusse alle Bestimmungen trifft, die er nach dem Vertrage überhaupt zu treffen hat. Werden beim Werkvertrage die vorbehaltenen Bestimmungen getroffen, dann ist die Sache gerade so bestimmt, wie sie es beim Kaufe schon zur Zeit des Vertragsschlusses ist. Wie aber? wenn die Bestimmungen nicht getroffen werden?

---

[3]) Außerdem noch die §§. 433, 446, 1 I, 447.

[4]) Der Kauf eines „Rechts" (d. h. außer dem Eigentum) kommt für uns nicht in Betracht.

Für den Werkvertrag stellt das B.G.B. in den §§. 642 und 643 Sätze auf, deren Fassung („Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich....") weit genug ist, um — in Ermangelung sonstiger gesetzlicher Regelung — auch die Fälle einer vorbehaltenen Bestimmung mit zu umfassen. Für den Kauf und auf dessen Regeln verweist uns §. 651, sowohl für vertretbare wie für nichtvertretbare Sachen — haben wir solche Sätze aber nicht, wir sind also auf die allgemeinen Regeln der §§. 315 ff. angewiesen. Diese geben uns jedoch nur eine Antwort für die Fälle, in denen die „Bestimmung" der Leistung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Nun ist zwar das Bestimmungsrecht beim Spezifikationskauf an Grenzen gebunden (wäre es anders, würde die verbindliche Kraft des Vertrages in Frage gestellt sein[5]), aber in diesen Grenzen ist das Ermessen des Käufers oder Bestellers frei. Im B.G.B. haben wir also keinen Anhalt.

Dagegen hat das H.G.B. eine Bestimmung, nämlich den §. 375, der ganz allgemein von dem Falle spricht, daß „eine bewegliche Sache"[6]) gekauft (beziehungsweise herzustellen) ist; allerdings mit der Einschränkung, daß es sich nicht schlechthin um „die Bestimmung der Leistung", sondern nur um die Bestimmung der Formen, Maße oder ähnlicher Verhältnisse handelt. Dem Wortlaut nach stellt also §. 375 einen Satz von allgemeinster Bedeutung auf. Und nun finden wir in der Denkschrift als Überschrift für

---

[5]) Man hat eine Zeit lang wirklich die Verbindlichkeit eines solchen Vertrages anzweifeln wollen, aber wohl nicht im Ernst: der Käufer, der gern von dem Vertrage loskommen wollte, versuchte es eben auf jede Weise. Selbstverständlich genügt es, wenn eine Leistung „bestimmbar" ist.

[6]) Einen Spezifikationskauf eines Grundstücks kann ich mir nicht denken.

die begründenden Erläuterungen zu diesem Paragraphen das Wort: „Spezifikationskauf."

Mit diesem Wort[7]) bezeichnet man aber gemeinhin eine — kleine, so scheint es — Gruppe von Käufen, die in vereinzelten Zweigen des Handels vorkommen. Es spielt sich nämlich, besonders im Eisenhandel, der Geschäftsverkehr zwischen dem Fabrikanten und seinen Abnehmern in folgender Weise ab: Gekauft wird ein Quantum Roheisen für einen sogenannten „Grundpreis". Der Käufer wünscht aber das Quantum nicht mit einem Male abzunehmen, weil er es jetzt noch nicht braucht; andererseits will er sich auf längere Zeit hinaus den Bezug des für ihn nötig werdenden Eisens sichern, weil z. B. in Zeiten steigender Konjunktur die Fabriken mit Aufträgen überhäuft sind. Das Quantum ist daher entweder in Teilen, die zu bestimmten Terminen fällig werden, oder auch „nach Bedarf"[8]) abzunehmen. Im letzteren Falle hängt die Zeit der Abnahme von rein zufälligen Verhältnissen ab. Natürlich sind aber auch hier die Grenzen von Treu und Glauben und der Verkehrssitte innezuhalten[9]).

Vor diesen Terminen sind andere festgesetzt, bis zu denen der Käufer seine „Spezifikation" einzusenden hat (bei der Klausel „nach Bedarf" ist dem Fabrikanten eine angemessene Frist zu gewähren), d. h. dem Fabrikanten mitzuteilen, welche „Formen" oder „Dimensionen" dem Roheisen gegeben werden sollen. Für diese Formengebung ist ein sogenannter Überpreis zu zahlen. Während aber

---

[7]) Das natürlich nichts mit der „Spezifikation" als Eigentumserwerbsgrund zu thun hat. Das B.G.B. sagt „Verarbeitung". §. 950.

[8]) R.O.H.G. Bd. 13 S. 302. Bolze Bd. 21 Nr. 490.

[9]) Das R.G. bei Bolze Bd. 6 Nr. 552 läßt den „Gesichtspunkt eines ordentlichen Kaufmanns" entscheiden.

„der Grundpreis[10]) sich nach der jeweiligen Konjunktur für Eisen auf dem Handelsmarkte richtet, ist der Überpreis in einer Überpreisskala des Fabrikanten ein für alle Mal fest verzeichnet, wenn er auch für die verschiedenen Sorten Fabrikate eine verschiedene Höhe hat", was aber keineswegs immer der Fall ist.

So hat z. B. der Käufer zu spezifizieren: ob er das Roheisen in Form von Flach- oder Rund- und Quadrateisen oder Nageleisen[11]); oder: welche Sorten Draht oder Stifte er wünscht[12]); oder nach welcher von bestimmten Nummern das nach Quantität und Qualität bestimmte, in Bereitschaft zu haltende Garn gesponnen werden soll[13]); oder jemand kauft „sämtliche zu seinem Neubau notwendigen Hölzer, Bretter, Bohlen u. s. w." zu feststehenden, in einer Übersicht bezeichneten Preisen und behält sich die nähere Bestimmung vor[14]). Oder es werden einige Waggons Hobelwaren gekauft und die Bestimmung der Dicke und Breite der Bretter vorbehalten[15]); oder gekauft werden Strohpappen, „gelbe Mittelstärken" z. B., und die Formataufgabe bleibt vorbehalten, für einseitig weiß beklebte wird ein Aufschlag berechnet, auch hier Formataufgabe vorbehalten[16]); oder: Papier in den vom Käufer zu bezeichnenden Stücken und Größen[17]); oder: der Käufer soll bestimmen, welche Stärke und Flächeninhalt die gekauften Glastafeln haben sollen[18]).

---

[10]) R.G. Bd. 10 S. 96.
[11]) R.O.H.G. Bd. 14 S. 41.
[12]) R.G. Bd. 10 S. 96 und Seuffert Bd. 47 Nr. 138.
[13]) R.G. Bd. 14 S. 243.
[14]) Bolze Bd. 18 Nr. 465.
[15]) R.G. Bd. 29 S. 17.
[16]) R.G. Bd. 37 S. 25.
[17]) Bolze Bd. 7 Nr. 576.
[18]) Goldschmidts Zeitschrift Bd. 23 S. 520.

In allen diesen Fällen steht der Stoff fest, der Käufer hat nur die Wahl zwischen verschiedenen Formen[19]). Eine Wahl bezüglich der zu liefernden Sorte[20]) ist ihm eingeräumt in folgenden Fällen: Gekauft ist ein Quantum Walzeisen, der Käufer darf wählen zwischen Stab- oder Bandeisen[21]), zwischen mehreren (verschieden biegsamen) Sorten Blech[22]); gekauft ist Salzsäure (in Ballons), der Käufer hat anzugeben, ob er sie in rohem oder gereinigtem Zustande fordere[23]); oder: der Käufer darf statt des gewöhnlichen Salzes, teilweise auch Buttersalz oder Tafelsalz zu dem dafür bestimmten höheren Preise bestellen; oder: er soll bestimmen, welchen „Grad" die Soda haben soll[24]).

Sowohl hinsichtlich des Stoffes als hinsichtlich der Form darf der Käufer in folgenden Fällen spezifizieren: Gekauft ist ein Quantum gewöhnlichen Walzeisens, Spezifikation der Dimensionen vorbehalten, der Käufer darf aber das Quantum in einer besseren Qualität verlangen, z. B. Hufstabeisen, für welches dann ein besonderer, höherer Grundpreis festgesetzt ist, auch hier vorbehaltlich der Spezifikation der Dimensionen nach einer Überpreisskala[25]). Oder: gekauft sind z. B. Bleche zu verschiedenen Grundpreisen je nach Abnahme von Schweißeisenkesselblech oder

---

[19]) Diese Unterscheidung ist, wie wir auf S. 17 ff. sehen werden, wissenschaftlich ohne Einfluß, sie ist aber auch praktisch nicht immer sicher durchzuführen.

[20]) Für jede Sorte werden regelmäßig verschiedene (Grund-) Preise berechnet.

[21]) R.G. Bd. 43 S. 104. Ähnlich R.O.H.G. Bd. 17 S. 224.

[22]) Bolze Bd. 5 Nr. 670.

[23]) Bolze Bd. 2 Nr. 1016.

[24]) Bolze Bd. 5 Nr. 676.

[25]) R.O.H.G. Bd. 18 S. 48. Hier sind also sowohl die Grundpreise als auch die Überpreise verschieden.

Schweißeisenbehälterblech oder Siemens-Martin-Flußeisenblech. Für das gewählte Blech sind dann die Formen anzugeben[26]). Oder zur Wahl steht: Schraubeneisen oder Preßmuttereisen zu verschiedenen Grundpreisen, überdies sind die Dimensionen zu spezifizieren[27]). Oder gekauft ist Raffinade (die feinste Sorte Zucker), zur Wahl stehen zwei Qualitäten, die Raffinade soll geliefert werden in Broten, Würfeln oder gemahlen in Kisten, Säcken oder Fässern[28])[29]).

Diese Fälle sind es, die man bei der Schaffung des §. 375 im Auge gehabt hat. Der Wortlaut des Paragraphen aber ergreift einerseits nicht die Fälle, in denen der Käufer die Wahl zwischen mehreren Sorten hat, andererseits umfaßt er Fälle, die man nicht gerade als „Spezifikationskauf" zu bezeichnen pflegt, z. B. wenn jemand sich einen Anzug bestellt und sich die Auswahl der Knöpfe vorbehält; oder wenn jemand einen Ozeandampfer in Bau giebt, den Grundplan feststellt, so daß der Rumpf in Angriff genommen werden kann, die Anordnung der Salons u. s. w. aber noch vorbehalten bleibt u. s. w. u. s. w.

Es erhebt sich daher die Frage, ob hier eine einengende Auslegung geboten ist, oder ob es zweckmäßig ist — vielleicht gegen die „Absicht des Gesetzgebers" —, das Gesetz seinem umfassenden Wortlaut nach anzuwenden.

---

[26]) R.G. Bd. 30 S. 97.

[27]) Bolze Bd. 20 Nr. 512.

[28]) Bolze Bd. 4 Nr. 723.

[29]) Sonstige Fälle: im Eisenhandel R.O.H.G. Bd. 22 S. 5, Bd. 15 S. 146, Bd. 13 S. 302, Bd. 16 S. 204, Bd. 18 S. 51. Juristische Wochenschrift 1896 S. 399, 1894 S. 202. Seuffert Bd. 32 Nr. 96. Bolze Bd. 14 Nr. 445, Bd. 6 Nr. 552. Im Messinghandel: Bolze Bd. 7 Nr. 579. Im Garnhandel: R.G. Bd. 26 S. 213. Bolze Bd. 21 Nr. 490. Bolze Bd. 8 Nr. 493. Im Papierhandel: Juristische Wochenschrift 1897 S. 114.

So wird auch für das H.G.B. die für das B.G.B. in Ermangelung jeder Bestimmung unumgängliche Frage bedeutsam, ob die erwähnten Fälle in ihrer bunten Verschiedenheit ein Gemeinsames haben, und im Falle der Bejahung: wie dieses Gemeinsame rechtlich zu behandeln ist. Die Beantwortung dieser Fragen hängt von Voraussetzungen ab, die für das B.G.B. und das H.G.B. gleich sind, es empfiehlt sich also eine einheitliche Behandlung, bei der nur an den betreffenden Punkten auf etwaige Verschiedenheiten beider Gesetzbücher hingewiesen werden wird. Obwohl ferner der Spezifikationskauf regelmäßig nach Handelsrecht zu beurteilen sein wird — nämlich immer dann, wenn er für einen Teil, Verkäufer oder Käufer, ein Handelsgeschäft ist[30]), und andere Fälle werden sehr selten sein —, so wird doch das Schwergewicht auf das Bürgerliche Recht gelegt werden müssen. Denn das neue H.G.B. hat die wichtige Frage nach den Folgen des Spezifikationsverzuges endgültig entschieden, während das B.G.B. den Spezifikationskauf nicht regelt. Da endlich die bisherigen Bearbeitungen unseres Themas von der Rechtsprechung[31]) ausgehen und im Anschlusse an diese ihre Meinungen darstellen, so müssen — und dürfen wir auf diese entwickelungsgeschichtliche Art der Anordnung verzichten: wir wollen den Stoff als ruhend betrachten.

---

[30]) Cosack, H.R., S. 185.

[31]) Weber giebt auf S. 87—91 eine übersichtliche Zusammenstellung.

II.

Rechtliche Behandlung des Spezifikationskaufs.

§. 2.

In jedem der oben aufgezählten „Käufe“[32]) bildet den weitesten Kreis, innerhalb dessen der Gegenstand des Vertrages bestimmt werden soll, eine Gattung.

„Gattung“ nennen wir eine Zusammenfassung mehrerer Sachen[33]) nach einem oder mehreren ihnen gemeinsamen Merkmalen; wie der Verkehr die Gattungen *nennt*, macht für die rechtliche Behandlung keinen Unterschied: „Gattung“, „Art“ oder „Sorte“, „Qualität“ deuten im Verkehr ein Verhältnis der Über- und Unterordnung an, im Rechtssinne aber sind sie alle Gattungen.

Aber auch die Bezeichnung „Eisen in dieser oder jener *Form*“ stellt eine Gattung auf. Auch hier werden mehrere Sachen nach einem ihnen gemeinsamen Merkmal bezeichnet. Anderer Ansicht ist das R.O.H.G. gewesen, es hat infolgedessen einen Unterschied gemacht, je nachdem bei einem Spezifikationskauf dem Käufer nur die nähere Bestimmung der Form ein und desselben Stoffes oder die Wahl zwischen mehreren Stoffen gelassen ist[34]).

---

[32]) Dieser Ausdruck ist nicht ganz genau, streng genommen handelt es sich um Werkverträge. A. M. Oertmann Sv. zu §. 651 Anm. 3.

[33]) Man faßt auch Menschen nach gemeinsamen Merkmalen zusammen. Diese „Gattungen“ kommen hier aber nicht in Betracht.

[34]) R.O.H.G. Bd. 18 S. 48. Man unterscheidet demnach zwischen den „einfachen“ und den „komplizierten“ Fällen.

Aber mit Unrecht.

Das R.O.H.G. hat sich bei dieser Unterscheidung von dem natürlichen Gefühl leiten lassen, dem die Bezeichnung einer Form als Gattungsmerkmal ungewohnt ist. Daß „Eisenblech" und „Messingblech" Gattungen sind, leuchtet ein, aber „Drahtstifte von 2 cm Länge" und „Drahtstifte von 1 cm Länge" sollen Gattungen sein? Der Vorgang der Zusammenfassung nach einem Merkmal ist aber in beiden Fällen derselbe, verschieden ist nur, daß die eine Zusammenfassung häufiger vorkommt und uns darum geläufiger ist, als die andere: dies aber hängt von ganz außenstehenden Verhältnissen ab, die im Laufe der Zeit wechseln können, und so die Kenntnis der betreffenden Gattung über den engsten Kreis derer, die sie für ihre persönlichen Zwecke gebildet haben[35]), hinaustragen und zum Gemeingut eines Volkes, der Menschheit machen. Die Gattung „Handgepäck" kannte in früheren Zeiten, mit einigen wenigen Posten, wohl nur ein kleiner Kreis von Menschen, heute, bei dem überallhin sich erstreckenden Eisenbahnverkehr, kennt ihn jedes Kind. Oder man denke daran, wie schnell die Gattung „Velociped" allgemein aufgenommen worden ist u. s. w. u. s. w.

Der Umstand also, wie verbreitet die Kenntnis einer von irgendwem erfundenen[36]) Gattung ist, kommt gar nicht in Betracht, die Zusammenfassung „Baum" ist mit nicht

[35]) Goldschmidt, S. 61: „Der Naturforscher bildet andere Klassen als der Kaufmann u. s. w. . . . . Sogar in den verschiedenen Handelszweigen kann die Klassifikation von durchaus verschiedenen Bestimmungsgründen ausgehen." Man denke ferner daran, wie wenig geläufig uns die vom Spediteur oder in Zolltarifen aufgestellten „Gattungen" sind.

[36]) Die Gattungen (=Begriffe) sind in der That von Menschen erfunden. Daß der Begriff eher da sei, als die Sache, ist unmöglich.

mehr Recht eine Gattung als die: „Plüschumhang Ida". Und was insbesondere die Form als Gattungsmerkmal betrifft: sind „Tisch" und „Stuhl", „Rock" und „Hose", „Baum" und „Strauch" — und das sind doch uns ganz geläufige Gattungen — nicht auch nach der Form zusammengefaßt? „Baum" und „Strauch" sind von demselben „Stoff" (wenigstens scheint uns das so), das sie unterscheidende Merkmal kann nur die Form sein; aus wieviel verschiedenen Zeugstoffen können ferner „Rock" und „Hose", aus wieviel Holz- oder Eisenarten „Tisch" und „Stuhl" bestehen! und das gemeinsame Merkmal ist nur die Form.

Die Unterscheidung, die hier das R.O.H.G. zu machen versucht hat, ist also nicht durchzuführen. Das R.G.[37]) hat sie daher mit Recht aufgegeben, ebenso die herrschende Meinung[38]).

Das Ergebnis ist demnach: beim Spezifikationskauf liegt zunächst ein Gattungskauf vor, und zwar in allen Fällen, gleichviel ob noch die „Sorte" oder nur die Form zu bestimmen ist. Infolgedessen ist auch die Fassung des §. 375 H.G.B. zu eng, daß es sich handle um die „nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse." Man wird der Absicht des Gesetzgebers am besten gerecht, wenn man die Worte: Form, Maß u. s. w. als nicht vorhanden betrachtet.

Wir dürfen also einen beliebigen Fall herausgreifen und ihn näher betrachten, die Ergebnisse gelten auch für

[37]) R.G. Bd. 30 S. 97 vgl. S. 102: „Es scheint nicht geboten, zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft. Beide Arten von Bestimmung stellen Merkmale fest, welche die lieferbare Ware haben soll, entscheiden also über das Genus der Ware, über Gattung, Art, Unterart."

[38]) In anderer Wendung wird der Gegensatz doch wieder bedeutsam werden. Vgl. Anm. 66.

die übrigen Fälle. Wenn jemand z. B. 50000 kg Eisenblech kauft, so hat der Verkäufer, um aus dieser weitesten Gattung zu den Einzelstücken Eisen zu gelangen, seinen Leuten zunächst anzugeben, wieviel von diesen 50000 kg Schweißeisenkesselblech, wieviel Schweißeisenbehälterblech, wieviel Siemens-Martin-Flußeisenblech sein soll; diese Teilquanta sind dann wieder etwa auf die Ia, IIa u. s. w. Qualitäten zu verteilen. Die physikalisch mögliche Zahl von solchen Untergattungen ist natürlich unendlich, der Mensch aber legt nur auf einige wenige Gewicht; ist ihre Zahl = X, so hat der Fabrikant X Bestimmungen zu treffen, um bei einer Gattung anzugelangen, innerhalb deren der menschliche Verkehr keine weiteren Untergattungen bildet: aus ihnen sind dann die Einzelsachen auszuscheiden, die Gesamtzahl der notwendigen Bestimmungen ist also = X + 1.

Die Regel ist nun, daß

1) der Bestimmende die unbeschränkte Wahl hat zwischen sämtlichen Untergattungen, die von der nächst höheren Obergattung umfaßt werden, und
2) daß der Fabrikant (= Verkäufer = Schuldner) alle X + 1 Bestimmungen zu treffen hat.

Beides ist beim Spezifikationskauf anders.

1. Das gekaufte Quantum ist nur auf einzelne (regelmäßig mit einem nur ihnen zukommenden Namen), genau bezeichnete Untergattungen („Sorten") der gemeinsamen Obergattung Eisenblech zu verteilen, in unserem Falle auf Schweißeisenkesselblech, Schweißeisenbehälterblech, Siemens-Martin-Flußeisenblech. Was liegt näher, als hier an ein Wahlschuldverhältnis[39]) zu denken? Und wenn

[39]) Wahlschuld ist ein Wahlschuldverhältnis, bei dem der Schuldner die Wahl hat. Gegensatz: Wahlforderung.

man erwägt, daß es sich nur um die Wahl zwischen mehreren Untergattungen handelt, daß man also aus ihnen die ihnen gemeinsamen Merkmale als Obergattung „Eisenblech" herausheben und an die Spitze stellen kann (mathematisch ausgedrückt: A + a oder A + b oder A + c = A + [a oder b oder c], so kommt man zu Windscheids[40]) Ansicht: „die generische Bestimmung kann zugleich alternativ sein: eine Leistung von diesen Merkmalen, und außerdem von dem Merkmal a oder b"[41]).

Nimmt man dies an, so ist auch die Zerlegung des Geschäfts in einen Hauptvertrag über den Stoff und einen Nebenvertrag über die Formengebung[42]) nicht fern, oder wie wir sagen müssen, da wir ja die Bestimmung über den Stoff oder die Form nicht unterscheiden: in einen Hauptvertrag, der das generische, und einen Nebenvertrag, der das alternative Merkmal feststellt.

Diese Zerlegung ist zulässig, es steht ihr keine Gesetzesbestimmung entgegen[43]). Üblich ist es allerdings, einen Werkvertrag nach §. 651 und entsprechend einen Kauf mit vorbehaltener näherer Bestimmung der Kaufsache, wie

---

[40]) §. 255 Anm. 15.

[41]) Bachem, Klage auf Abnahme in der Zeitschrift für französisches Zivilrecht Bd. 23 S. 709, bezeichnet den Spezifikationskauf als „Genuswahlobligation."

[42]) R.O.H.G. Bd. 16 S. 204. Vgl. S. 205.

[43]) §. 4 J. de loc. et cond. 3,24 und l. 2 §. 1 D. loc. cond. 19,2 gelten nicht mehr. Es sind nur Meinungen von Juristen. Auch der Ausdruck „Werkvertrag" im B.G.B. scheint mir nicht diese Frage entscheiden zu sollen, wie ja überhaupt das B.G.B. grundsätzliche Fragen der Wissenschaft überläßt. Einen wesentlichen Anhalt aber hat diese Meinung daran, daß die Parteien keinen einheitlichen Preis vereinbaren, sondern den Grundpreis von den Überpreisen trennen. Wenn Oertmann (S. 213) auch sagt, diese Auseinanderlegung habe nur „rechnungsmäßige Bedeutung" — ganz überzeugend ist das nicht.

überhaupt alle Gattungsschuldverhältnisse als einheitliche Verträge anzusehen. Lassen wir also in unserem Falle die Gattungsmerkmale „in der Klammer", so handelt es sich um die „Wahl" zwischen drei Untergattungen (Sorten).

Aber nicht immer nimmt das R.O.H.G.[44]) beim Spezifikationskauf ein Wahlschuldverhältnis an, sondern nur dann, wenn der Preis für alle Sorten gleich ist[45]). Es giebt auch hier wieder dem natürlichen Gefühl nach, dem ein doppelseitiges Wahlschuldverhältnis (ich kaufe die Sache a für den Preis x oder die Sache b für den Preis y, oder die Sache c für den Peis z)[46]) als eine überflüssige Spielerei erscheint. Gewiß werden derartige Fälle selten sein, aber bei aller Anerkennung der Regel muß man doch auch der Ausnahme das Leben gönnen, mag sie immerhin der Rechtssystematik Schwierigkeiten bereiten. Wenn die zufälligen Bedürfnisse der Parteien ein solches Schuldverhältnis erfordern, weshalb ihm die verbindliche Kraft nehmen? irgend ein gesetzlicher Grund hierfür liegt nicht vor[47]). Auch diese Unterscheidung des R.O.H.G. ist nicht haltbar.

Wir kommen also zu dem Ergebnis: es liegt in allen Fällen des Spezifikationskaufs ein Wahlschuldverhältnis vor. Mit Scharfsinn hat aber Weber[48]) nachgewiesen, daß dies Ergebnis falsch ist. Ein Wahlschuldverhältnis

[44]) R.O.H.G. Bd. 18 S. 48. Vgl. S. 49.

[45]) In den anderen Fällen nimmt es mehrere selbständige Kaufverträge an. Einen von ihnen zu schließen ist der Verkäufer verpflichtet.

[46]) Das Beispiel ist nicht etwa „dreiseitig!"

[47]) Vgl. auch Zitelmann S. 507 und Bernstein, die alternative Obligation, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 2 S. 438.

[48]) S. 33. 38. Daß der Spezifikationskauf kein Wahlschuldverhältnis ist, darf als herrschende Meinung bezeichnet werden. Aber erst Weber hat sie sicher zu begründen gewußt.

würde vorliegen, wenn der Käufer nur die Wahl hätte zwischen: 50000 kg Eisenblech der Sorte a, oder 50000 kg der Sorte b, oder 50000 kg der Sorte c. Beim Spezifikationskauf hat er aber auch das Recht: z. B. 20000 kg der ersten, ebensoviel der zweiten und 10000 kg der dritten zu „wählen", er kann die 50000 kg beliebig auf die drei Sorten verteilen — „nur müssen die Teilquanten zusammen das Gesamtquantum (50000 kg) ausmachen"[49]). Von der ungeheuren Zahl der möglichen Bestimmungen giebt folgender Ansatz eine Vorstellung, wenn wir als Einheit 1 kg annehmen:

	Sorte		
	a	b	c
50 000 =	1	1	49 998
50 000 =	1	2	49 997
50 000 =	1	3	49 996
. . . . .			
50 000 =	2	1	49 997
50 000 =	2	2	49 996
50 000 =	2	3	49 995
. . . . .			
50 000 =	49 998	1	1
50 000 =	49 997	2	1
50 000 =	49 996	3	1

Mathematisch gesprochen handelt es sich hier darum, Kombinationen von 50000 (n) Elementen zur 3. Klasse (p) zu bilden. Die Formel hierfür ist:

$$C_n^{(p)} = \frac{n \cdot (n-1) \cdot (n-2) \cdot \ldots \cdot (n-p+1)}{1 \cdot 2 \ldots p}$$

Es sind also Milliarden von Möglichkeiten, zwischen denen der Käufer die „Wahl" hat.

Wäre jene Beschränkung auf die drei Sorten nicht getroffen, so würde die „Wahl" zwischen sämtlichen Sorten

[49]) Weber S. 33.

Eisenblech gegeben sein, die es überhaupt giebt. Die Zahl der Bestimmungsmöglichkeiten würde natürlich noch größer sein, aber die Art ihrer Aufstellung wäre genau dieselbe. Wir müssen uns also — auf die Behandlung als Wahlschuldverhältnis verzichtend — die drei Sorten als eine (After)gattung denken, aus der ohne Rücksicht auf ihre Untergattungen (die drei „Sorten") die Einzelsachen ausgeschieden werden. So gewinnen wir das Ergebnis, daß beim Spezifikationskauf sowohl der schon beim Vertragsschlusse bezeichnete weitere, als auch der erst später anzugebende engere Kreis, in den die Einzelsache eingeschlossen ist, eine „Gattung" ist. An diesem Ergebnis wollen wir festhalten — bis wir gegen das Ende unserer Arbeit an einen Punkt kommen, an dem es uns im Stich läßt.

2. Das ist die eine — endgültig noch nicht gelöste — Schwierigkeit, die der Spezifikationskauf der rechtlichen Behandlung bietet. Wir kommen jetzt zu der zweiten. Wir sahen (vgl. S. 20), daß in der Regel der Schuldner (also der Fabrikant) die Verteilung des gewünschten Quantums auf die (x) Untergattungen und die Ausscheidung der Einzelsachen innerhalb der letzten vorzunehmen hat. Natürlich kann der Fabrikant es dem Käufer überlassen, sämtliche x + 1 Bestimmungen zu treffen. Liegt dann noch ein Gattungsschuldverhältnis vor[50])? Ihering[51]) und Berndorff[52]) verneinen die Frage (weniger scharf Haver[53])). Ihren Ausführungen liegt der richtige Gedanke zu Grunde, daß von dem Augenblick an, wo der Gläubiger die Bestimmung trifft, für eine Gattungsschuld allerdings kein

[50]) Die Motive II S. 7 überlassen die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis.

[51]) S. 410.

[52]) S. 7. 44.

[53]) S. 21.

Raum mehr ist. Nun kann es aber sehr wohl für die Parteien wünschenswert sein, sich schon, bevor jene Bestimmung durch den Gläubiger erfolgen soll (oder kann), gegenseitig zu binden, und als was soll denn ein solcher Vertrag behandelt werden? Etwa als von der Bedingung abhängig, daß die Bestimmung getroffen wird[54])? mit anderen Worten: soll der Vertrag nicht bindend sein? §§. 315 ff., wie Berndorff[55]) will, geben uns auch keinen Anhalt (vgl. oben S. 11).

Z. B.: Der Käufer „verpflichtet sich, von den im Schlage .... dem Verkäufer gehörigen Hölzern die schwachen netto 200 cbm von 20—28 cm Stärke zu entnehmen und mit dem Preise von 11,50 M. pro cbm zu bezahlen." Der Käufer soll die Hölzer selber „auswählen"[56]). Sowie der Käufer die Auswahl trifft, liegt ein Einzel-, bis dahin aber ein Gattungs-Schuldverhältnis vor.

Es ist also zulässig, daß der Fabrikant alle x + 1 Bestimmungen dem Käufer überläßt[57]). Beim Spezifikationskauf trifft nun jene x Bestimmungen der Käufer, jene „eine" aber behält der Fabrikant sich selber vor.

Das Verhältnis beim Spezifikationskauf gestaltet sich also folgendermaßen: Die Obergattung Eisenblech wird im Vertrage vereinbart; von den Untergattungen werden einige individuell (z. B. mit Namen) bezeichnet: auf diese hat der Käufer das Gesamtquantum nach Belieben zu verteilen und zwar gewöhnlich an verschiedenen Terminen, jedesmal nur für ein Teilquantum[58]); innerhalb der so

[54]) Planck zu §. 315 Nr. 5.

[55]) S. 44.

[56]) Bolze Bd. 14 Nr. 442.

[57]) Ebenso Szkolny und Caro Anm. 2 zu §. 243.

[58]) Anschaulich Weber S. 16: Vor jeder Teillieferung hat der Käufer (in unserem Beispiel!) anzugeben:

bestimmten letzten (von den Parteien berücksichtigten) Untergattung scheidet der Verkäufer die Einzelsachen aus.

„Ob die Herstellung der unter Vorbehalt der Spezifikation verkauften Ware dem Verkäufer selbst obliegt, oder ob dieser die Herstellung auf Grund eines weiteren Spezifikationskaufs einem Dritten überträgt, kann für die Behandlung des Verhältnisses keinen Unterschied begründen“ [59]).

Trifft der Käufer die ihm obliegenden Bestimmungen, so verwandelt sich der Spezifikationskauf (durch die „Aftergattung“ hindurch) in einen regelrechten Gattungskauf. Schwierigkeiten ergeben sich nur, wenn die Bestimmungen ausbleiben. „Wenn nämlich ein Preisrückgang eintritt, kommen die Käufer leicht in Versuchung, sich mit der Spezifikation säumig zu erweisen. Sie fangen an zu mäkeln, versuchen am Preise zu drücken, machen Schwierigkeiten. Der Verkäufer oder sein Lieferant hat sich aber auf die Fabrikation eingerichtet, die Fabrik und die für den Fabrikbetrieb angenommenen Techniker und Arbeiter müssen beschäftigt werden. Er kann nicht auf die Spezifikation beliebig lange warten; sonst müßte die Fabrik stillstehen, oder die Reihenfolge der Fabrikation würde gestört. Er muß also Mittel haben“, entweder die Vornahme der Spezifikation zu erzwingen oder von der Erfüllung seiner Verpflichtung irgendwie befreit zu werden und doch zu seinem Gelde zu kommen. „Und er muß sie haben trotz der Säumnis des Käufers in der Spezifikation“ [60]).

1) wieviel von den 50 000 kg Eisen er zur Zeit geliefert haben will;

2) wieviel von diesem Teilquantum von der Sorte a, wieviel von der Sorte b, wieviel von der Sorte c sein soll;

3) welche Formen und Dimensionen das jeweils abgeforderte Eisen der betreffenden Sorte haben soll.

[59]) Denkschrift S. 193.

[60]) R.G. Bd. 37 S. 25 ff.

III.

Die Rechte des Verkäufers beim Spezifikationsverzug des Käufers.

1.

Die Spezifikation – ein Recht des Käufers.

§. 3.

Spezifikationsverzug als Annahmeverzug im allgemeinen.

Damit der Gläubiger in Annahmeverzug gerät, ist grundsätzlich erforderlich, daß ihm die Leistung so, wie sie zu bewirken ist, thatsächlich angeboten wird. Ein wörtliches Angebot genügt aber dann, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers, z. B. Mitteilung der Spezifikation erforderlich ist; in diesem Falle braucht der Schuldner ihn nur zur Vornahme dieser Handlung aufzufordern. Auch dieser Aufforderung bedarf es nicht, wenn „für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt" ist, was beim Spezifikationskauf der Fall zu sein pflegt. Vorausgesetzt ist in allen diesen Fällen, daß der Schuldner zur Zeit des Angebots oder zu der für die Handlung des Gläubigers kalendermäßig bestimmten Zeit im Stande ist, die Leistung zu bewirken. Gelingt es dem Gläubiger das Gegenteil nachzuweisen, so treten die Verzugsfolgen für ihn nicht ein[61]). Hat also der Fabrikant sich so eingerichtet, daß

[61]) §§. 294—297.

nach Eintreffen der Spezifikation unverzüglich mit der Arbeit begonnen werden kann, hat er vor allen Dingen den Rohstoff soweit vorbereitet, so setzt die einfache Aufforderung zu spezifizieren beziehungsweise der Eintritt des vereinbarten Termins den Käufer in Annahmeverzug. Infolgedessen ermäßigt sich die Haftung des Verkäufers auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Aber diese Erleichterung wird ihm kaum zu Gute kommen, ebensowenig wie der Gefahrübergang nach §. 300, 2. Denn für den Gefahrübergang ist erforderlich, daß eine einzelne bestimmte Sache ausgeschieden und dem Gläubiger thatsächlich oder wörtlich angeboten ist[62]). Wir sahen aber, daß, auch wenn der Käufer die ihm obliegenden Bestimmungen trifft, noch immer ein Gattungsschuldverhältnis vorliegt, um wieviel mehr, wenn er sie nicht trifft. Aber auch von einer Haftungsermäßigung kann nur die Rede sein, wenn eine „einzelne, bestimmte Sache" gegeben ist, bezüglich deren gehaftet wird. Wichtige Rechte ergeben sich aber aus dem Annahmeverzuge gemäß den §§. 372 ff.

§. 4.

Hinterlegung.

Eine Hinterlegung des Eisenblechs ist nach B.G.B. nicht möglich, da nur „Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden, sowie Kostbarkeiten" hinterlegt werden können. Von der durch Art. 146 gegebenen Ermächtigung, auch noch andere Sachen für hinterlegungsfähig zu erklären, hat das Preußische Ausführungsgesetz keinen Gebrauch gemacht, „es bestehe hierfür kein Bedürfnis"[63]).

[62]) Planck, zu §. 300 Anm. 3. Ebenso Dernburg Sy. I. S. 127. Cosack, B.R. I. S. 356. Staudinger, zu §. 300.

[63]) Textausgabe (Heymann) mit den Materialien S. 251.

Wohl aber ist nach dem H.G.B. eine Hinterlegung möglich „in einem öffentlichen Lagerhaus oder sonst in sicherer Weise“: ich finde aber niemand, der sie im vorliegenden Falle für zulässig erklärt, allgemein betrachtet man es als selbstverständlich, daß eine Hinterlegung nicht in Frage kommt[64]). Weshalb aber soll der Fabrikant nicht das Rohmaterial hinterlegen dürfen, aus dem die Drahtstifte oder die „Untergattungen“ Eisenblech hergestellt werden[65])? Denn beim Spezifikationskauf wird erst das den Gattungsmerkmalen entsprechende Material und dann aus diesem die den Untergattungsmerkmalen entsprechende Ware hergestellt[66]). Denken wir uns: der Vertrag ist für den Fabrikanten sehr wenig vorteilhaft, er ist aber mit anderen gewinnbringenderen Aufträgen überhäuft. Unter solchen Umständen kann es für ihn in der That zweckmäßig sein, sich durch Hinterlegung des Rohmaterials Luft zu verschaffen, und diesen Weg ihm zu nehmen besteht kein gesetzlicher Grund. Wenn der Gläubiger schon durch die Aufforderung zu spezifizieren in Annahmeverzug gerät — obwohl doch grundsätzlich das (hier unmögliche) thatsächliche Angebot verlangt wird, so darf man dem Schuldner

[64]) Z. B.: R.O.H.G. Bd. 22 S. 5 ff. R.G. Bd. 35 S. 1 ff.

[65]) Das Quantum muß aber so groß sein, daß etwaiger Abfall u. s. w. gedeckt wird.

[66]) Die Fälle, in denen von vornherein verschiedene Herstellungsarten gegeben sind, zählen nicht zum Spezifikationskauf im strengen Sinne (z. B.: R.G. Bd. 35 S. 1). Inwieweit auf diese Fälle die Regeln des Spezifikationskaufs anzuwenden sind, wo die Grenzen des §. 375 H.G.B. liegen, davon im Schluß.

Der hier aufgestellte Gegensatz deckt sich nicht mit dem vom R.O.H.G. gemachten zwischen Sorten- und Formenspezifikation. Denn auch bei der Sortenspezifikation wird erst das Rohmaterial hergestellt. Wo dies nicht der Fall ist, haben wir keinen Spezifikationskauf (vgl. Anm. 38).

auch das Recht nicht versagen, die Sache in dem Zustande zu hinterlegen, in dem er sie ohne die vom Gläubiger vorzunehmende „Handlung" liefern kann, also beim Spezifikationskauf das zur Herstellung der einzelnen Sorten erforderliche beziehungsweise in bestimmte Formen zu bringende Rohmaterial.

§. 5.

Selbsthilfeverkauf.

Das andere Recht, das sich aus dem Annahmeverzug für den Schuldner ergiebt, ist das Recht, die Sache öffentlich versteigern zu lassen — nach dem B.G.B. für unseren Fall allein, nach dem H.G.B. wahlweise neben der Hinterlegung zulässig. Und zwar ist es beim Spezifikationskauf üblich, daß der Fabrikant das Rohmaterial in der Art versteigert, daß die Gebote sich auf den Grundpreis beziehen[67]) und dem neuen Käufer vorbehalten wird, gegen Nachzahlung des betreffenden Überpreises (zum vollen Betrage!) selbst zu spezifizieren[68]).

Es fragt sich, ob dieser Selbsthilfeverkauf mit vor-

[67]) O.L.G. Cassel bei Seuffert Bd. 47 Nr. 138.

[68]) Daß die Verkaufsbedingungen genau dieselben wie die des ersten Kaufs sind, ist nicht erforderlich. Daß die Spezifikationsfrist kürzer und die Zahlungsmodalität eine andere ist, schadet nichts. R.O.H.G. Bd. 15 S. 146 ff. „Allein der Verkäufer muß Einrichtungen treffen, die geeignet sind, den höchstmöglichen Preis zu erzielen." R.G. bei Gruchot Bd. 28 S. 1066. Er darf also die Versteigerungsbedingungen nach dem Gebrauche des betreffenden Orts aufstellen. Nicht aber darf der Fabrikant etwa die billigste Sorte oder Form ausbieten, denn das wäre ein „anderes Objekt, als dasjenige, welches der Käufer zu fordern hatte." R.O.H.G. Bd. 18 S. 51. Da Eisen zu den Waren gehört, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, ist ein freihändiger Verkauf nach B.G.B. §. 385 und H.G.B. §. 373, 2 II. zulässig. Es giebt allerdings nur zwei Roheisenbörsen: Essen und Glasgow.

behaltener Spezifikation zulässig ist. Da der Hauptgrund für die Zulässigkeit desselben: nämlich seine Unentbehrlichkeit, durch die Regelung des §. 375 H.G.B. und des §. 264, 2 B.G.B. (der, wie wir sehen werden, analog anzuwenden ist) beseitigt ist, erhalten die Zweifel an seiner Zulässigkeit wieder die Möglichkeit, sich vernehmbar zu machen.

Windscheid wendet für das gemeine Recht ein[69]: „Wenn der Verkäufer durch den Annahmeverzug des Käufers nicht selber das Wahlrecht erwirbt, so kann er dasselbe auch nicht einem andern verschaffen." Wir haben zwar, wie erwähnt, für H.G.B. nach §. 375 den Übergang des Wahlrechts und werden ihn für das B.G.B. durch die entsprechende Anwendung des §. 264, 2 gewinnen. Aber in beiden Fällen muß dem Käufer erst eine Frist zur Vornahme der Spezifikation gesetzt werden. Wir können also Windscheids Gedanken für unser Recht so wenden: das Erfordernis der Fristbestimmung wird beim Selbsthilfeverkauf mit Vorbehalt der Spezifikation nicht gewahrt; der Verkäufer muß erst selbst auf gesetzlichem Wege das Recht, seinerseits zu spezifizieren, erlangt haben. Erst dann kann er es auch einem andern übertragen.

Man glaubt, wenn man hiergegen nachgewiesen hat, daß es sich beim Spezifikationskauf nicht um ein Wahl-, sondern um ein Gattungsschuldverhältnis handelt, also um einen „einheitlichen" Vertrag, wie man immer sagt, dann auch die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs dargethan zu haben[70]. Darin liegt aber die Schwierigkeit garnicht,

[69]) Ebenso Hirsch S. 164.

[70]) So z. B. R.O.H.G. Bd. 22 S. 5 ff. v. Hahn S. 635. Auch R.G. Bd. 10 S. 96 geht über die eigentliche Schwierigkeit zu leicht hinweg. Das A.G. Celle bei Seuffert Bd. 32 Nr. 96 erkennt die Schwierigkeit und verwirft den Selbsthilfeverkauf. Kohler in

sondern darin, daß hier, nicht wie sonst bei Gattungsschuldverhältnissen der Schuldner, sondern der Gläubiger die Wahl hat.

Aber, führt Oertmann[71]) aus, „es handelt sich garnicht um Uebertragung eines dem Verkäufer freilich nicht zustehenden Wahlrechts an einen anderen; er konstituiert durch den Selbsthilfeverkauf nicht ein Wahlrecht eines Verkäufer-Schuldners, sondern eines Käufer-Gläubigers. Dadurch wird das Wahlrecht nicht wie beim Übergang auf den anderen Kontrahenten funktionell geändert, sondern nur mit den übrigen Rechten ex emto auf ein anderes Subjekt übertragen. Beides ist offenbar auch in seiner Wirkung ganz verschieden: zwischen dem Verkäufer und dem Käufer bestand bezüglich der Auswahl ein Interessengegensatz, indem ersterer vermutlich stets der teuersten Form oder Sorte, bei der ihm naturgemäß auch der größte Verdienst zufallen wird, den Vorzug giebt. Zwischen dem ersten und zweiten Käufer aber ist, wenn schon vielleicht keine Identität, so doch auch kein Gegensatz der Interessen vorhanden, da auch letzterer die wertvolleren Sorten stets desto teurer bezahlen muß."

Hiergegen ist zweierlei zu bemerken:

1. Jener „Interessengegensatz", der natürlich vorhanden ist, hat in unserem Falle einen sehr geringen Spielraum. Hat doch Oertmann selber an anderer Stelle das gegenseitige Abhängigkeitsverhältnis von Ware und Preis betont: „Je mehr der wählende Käufer die Verpflichtung des Gegners durch Bezeichnung der teureren Sorten steigert, desto höher schraubt er auch ipso facto seine eigene Ver-

Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 359 läßt es genügen, wenn „das Objekt des Gläubigerrechts sich zur öffentlichen Versteigerung eignet."

[71]) S. 232.

pflichtung; einen je niedrigeren Kaufpreis er umgekehrt für sich herausbringen will, auf desto weniger werte Sorten kann seine Wahl fallen“ [72]). Dasselbe gilt umgekehrt vom Verkäufer: daß er grade an den teuersten Sorten am meisten verdient, ist nicht gesagt! Und sollte es selbst so sein, so ist doch der Schaden, den auf diese Weise der Käufer erleidet, im Verhältnis zu den hier in Rede stehenden Posten so gering, daß das Vorhandensein dieses Interessengegensatzes, beziehungsweise hier: sein Fehlen für die Entscheidung nicht als gewichtiger Grund in die Wagschale fallen kann.

Überdies wird dieser Grund zwar für den Gesetzgeber in Betracht kommen, wenn er vor der Frage steht, ob er den Selbsthilfeverkauf beim Spezifikationskauf für zulässig erklären soll — es handelt sich also nur um eine Zweckmäßigkeitserwägung. Oertmann aber will die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufes aus dem Gesetze selber ableiten, und diesen Versuch müssen natürlich auch wir zunächst machen, und nur wenn das Gesetz uns im Stich läßt, ist Raum für Zweckmäßigkeitsgründe gegeben.

2. Wenn Oertmann ferner sagt, „das Wahlrecht werde mit den übrigen Rechten ex empto auf ein anderes Subjekt übertragen“, so scheitert dies daran, daß weder im H.G.B. §. 373 noch im B.G.B. §. 383 davon die Rede ist, daß in der Versteigerung „die Rechte (des ersten Käufers) ex empto“ ausgeboten werden. Es steht nur da: die „Ware“, beziehungsweise die „Sache“ wird versteigert.

Trotzdem hat Oertmann der Sache nach Recht. Wie wir oben dem Verkäufer das Recht gaben, das Rohmaterial, d. h. „die Sache“, „die Ware“, in dem Zustande, in dem er sie ohne die vom Käufer zu treffende Spezifikation liefern

[72]) S. 207.

kann, zu hinterlegen, so müssen wir ihm auch das Recht einräumen, das Rohmaterial im Wege der Selbsthilfe zu verkaufen[73]).

Der Erlös ist zu hinterlegen. So nach B.G.B. §. 383. Nach H.G.B. §. 373 muß der Verkäufer dem Käufer den Erlös aushändigen. Aber auch nach B.G.B. muß die Ausantwortung des Erlöses an den Käufer der Hinterlegung gleichstehen[74]). Man kann sich dies Verhältnis als eine Wahlermächtigung des Gläubigers denken, der an Stelle der Hinterlegung die Ausantwortung des Erlöses fordern kann. Dann kann der Verkäufer nicht mit seiner Kaufpreisforderung aufrechnen[75]). — Nichts hindert uns aber, dem Schuldner auch im B.G.B. die Wahl zu lassen (wie er sie nach H.G.B. zweifellos hat). Dann kann er die Ausantwortung des Erlöses wählen, so daß der Käufer jetzt eine Geldforderung gegen ihn hat, und mit seiner Kaufpreisforderung aufrechnen[76]). Beides verbindet er in einer Handlung, wenn er dem Käufer erklärt, er rechne auf.

Doch wie hoch ist seine Kaufpreisforderung? Welchen der verschiedenen Grund- oder Überpreise soll er ihr zu Grunde legen? Die Antwort kann nur lauten: den niedrigsten! den Preis der billigsten Sorte und dazu den der billigsten Form[77]). Den Unterschied zwischen diesem Be-

---

[73]) Der auf S. 31 angeführte Grund, daß die zum Übergang des Spezifikationsrechts erforderliche Fristbestimmung beim Selbsthilfeverkauf nicht gewahrt werde, schwächt sich insofern sehr ab, als der Selbsthilfeverkauf vorher angedroht werden muß. Auch hier muß dem Käufer eine gewisse Frist gelassen werden; allerdings darf die Androhung unterbleiben, wenn sie unthunlich ist u. s. w.

[74]) Planck zu §. 383 Anm. 1.

[75]) So Schollmeyer zu §. 383 Anm. 1 S. 322.

[76]) So auch Oertmann Sv. zu §. 383 Anm. 2; Götte S. 399.

[77]) Weber S. 65 (für die Klage auf den Mindestpreis!) vgl. §. 7.

trage und dem Erlöse aus dem Selbsthilfeverkauf muß der Verkäufer einklagen. Aber nicht als Schadensersatz[78]) denn §. 304 giebt dem Verkäufer nur einen Anspruch auf Ersatz der Mehraufwendungen —, sondern weil er seinen Anspruch auf die Gegenleistung des Käufers behält, natürlich nur zu dem durch die Aufrechnung des Verkaufserlöses geminderten Betrage.

Der Käufer hätte aber vielleicht nicht zu dem Mindestpreise spezifiziert, sondern eine andere Sorte oder Form gewählt. In diesem Falle hätte der Verkäufer vielleicht mehr verdient. Beim Selbsthilfeverkauf des Rohmaterials entgeht ihm dieser Gewinn ganz sicher. Um sich wenigstens die Möglichkeit größeren Verdienstes — eine bessere Stellung hatte er übrigens im ursprünglichen Kaufvertrage auch nicht — offen zu halten, schließt er mit dem neuen Käufer einen besonderen Vertrag über eine nach dessen Belieben zu treffende Spezifikation des Rohmaterials, oder versteigert von vornherein das fragliche Quantum Eisen „vorbehaltlich der Spezifikation." Er fügt so aus eigenem Recht, nicht vermöge eines (in der That noch nicht geschehenen!) Überganges des Spezifikationsrechts auf ihn, der Versteigerung des Roheisens eine Maßgabe hinzu, durch die der Käufer in seinen Interessen nicht im mindesten geschädigt wird, die zu verbieten er folglich kein Recht[79]) hat.

Überdies ist Folgendes nicht zu vergessen: die Geschäftsleute haben sich an den Selbsthilfeverkauf mit vorbehaltener Spezifikation gewöhnt, zum großen Theile werden sie die Regelung des neuen H.G.B. nicht kennen. Wählen

[78]) Wie Weber S. 55 will.

[79]) Deckt das Gebot nicht den, den Mindestpreis übersteigenden Betrag des Grundpreises einer höheren Sorte, so trägt der Verkäufer den Schaden.

sie also im Vertrauen auf die früheren R.G.-Entscheidungen diesen Weg[80]), so würden große Verluste die Folge sein — falls man gegenüber einer langjährigen Übung Bedenken rein wissenschaftlicher Natur hervorsuchen wollte, und dieses Opfer wird niemand dem Buchstaben des Gesetzes bringen wollen.

In der Praxis wird die Sache sich so gestalten: das R.G. hat in einer Reihe von Entscheidungen den Selbsthilfeverkauf für zulässig erklärt, im neuen H.G.B. hat sich bezüglich der Voraussetzungen des Selbsthilfeverkaufs beim Annahmeverzug des Käufers nichts geändert. Die Denkschrift zum neuen H.G.B. bezeichnet ihn ausdrücklich als zulässig. Grade mit Rücksicht auf die gleichmäßige Praxis des R.G. hat man eine ausdrückliche Regelung für entbehrlich erachtet[81]): wie sollte unter diesen Umständen das R.G. von sich aus darauf kommen, jetzt den Selbsthilfeverkauf für unzulässig zu erklären?

Und daß eine der Parteien die Unzulässigkeit geltend machen und mit Nachdruck verteidigen wird, das ist aus thatsächlichen Gründen ausgeschlossen: hält der Verkäufer den Selbsthilfeverkauf für unzulässig, nun dann spezifiziert er eben nach §. 375, setzt den Käufer durch Anbieten der spezifizierten Ware von neuem in Verzug und verkauft die „Ware" dann.

Der Käufer aber wird sich nicht ins eigene Fleisch schneiden wollen. Wenn nämlich die „Untergattung" (Sorte oder Form) schon bestimmt ist, so beschränkt sich der Kreis der Interessenten auf die, die grade — in unserem Bei-

---

[80]) In freier Auslegung des Gesetzes wird man daher auch hier die unten im § 9 für den formlosen Selbsthilfeverkauf beim Leistungsverzug angegebene Preisberechnung anwenden können.

[81]) Denkschrift S. 194.

spiel — Eisenblech der betreffenden Sorte brauchen. Ist dagegen noch nicht spezifiziert, so können auch die mitbieten, die eine der sonst möglichen Sorten brauchen[82]). Je höher aber der Erlös aus der Versteigerung ist, desto höher ist der Betrag, zu dem der Verkäufer seine Kaufpreisforderung aufrechnen kann, desto weniger braucht der Käufer nachzuzahlen. Ferner tritt die beim öffentlichen Verkauf unvermeidliche Preisminderung im Falle des Selbsthilfeverkaufs mit vorbehaltener Spezifikation nur bezüglich des Preises für das Rohmaterial ein, während beim Selbsthilfeverkauf nach vollzogener Spezifikation[83]) jene Preisminderung auch den höheren Preis für die spezifizierte Sorte und Form ergreift[84]). Aus diesen Gründen wird der Käufer die Zulässigkeit des Selbsthilfeverkaufs schon nicht anzweifeln.

Es wird also in der Praxis alles beim alten bleiben. Sehr häufig wird aber der Selbsthilfeverkauf nicht vorkommen. Nur wenn der Fabrikant an der Zahlungsfähigkeit des (ersten) Käufers zweifelt, wird er diesen Weg wählen, um einen möglichst kleinen Ausfall zu erleiden. Im Übrigen aber hat er kein Interesse daran, wieviel in dem Selbsthilfeverkauf erzielt wird.

Man könnte endlich darauf hinweisen, daß der Übergang des Spezifikationsrechts voraussetzt, daß die Spezifikation unterbleibt infolge eines Umstandes, den der Käufer zu vertreten hat, der Selbsthilfeverkauf aber nicht. Ob dies richtig ist, werden wir später sehen, ich bezweifle es. Vgl. §. 10 am Ende.

---

[82]) Weber S. 54 und 55.
[83]) Gemäß §. 375,2 H.G.B.
[84]) Weber S. 55.

2.

Die Spezifikation — eine Pflicht des Käufers.

§. 6.

Klage auf Vornahme der Spezifikation.

Wir haben bisher von der Spezifikation als dem „ersten Teil der Annahme“[85]) gesprochen. Wenn wir jetzt fragen, ob die Spezifikation auch Pflicht des Käufers ist, also durch Klage erzwungen werden kann, so ist es nur natürlich, davon auszugehen, ob denn die Annahme beim Kaufe eine Pflicht ist.

Dieser Vorfrage[86]) sucht Oertmann[87]) durch folgende Erwägung zu entgehen:

Die Vornahme der Spezifikation ist „eine Handlung, die freilich die Abnahme vorbereiten hilft, aber zugleich wesentliche Vorbedingung für die endgiltige Feststellung des Preises ist . . . .

„Es verlangt der Verkäufer mit der Klage auf Spezifikation nicht sowohl Befreiung von seiner Pflicht, sondern Feststellung seiner Rechte . . . Ist der Spezifikationskauf überhaupt bindend, so muß auch der Käufer dem Sinn der Abrede, dem sie beherrschenden Prinzip von Treu und Glauben entsprechend, nicht nur die Ansprüche des Gegners erfüllen, sondern auch alle Hindernisse wegräumen, die sein positives oder negatives Verhalten der Geltendmachung dieser Ansprüche entgegenstellt.“

Hiergegen ist einzuwenden, daß es keinen Anhalt im B.G.B. dafür giebt, daß der Käufer zur „Feststellung der

---

[85]) R.O.H.G. Bd. 22 S. 5 ff.

[86]) Die im gemeinen Recht von der herrschenden Meinung verneint wurde. Folgerecht verwirft Kohler auch die Klage auf Spezifikation in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 274.

[87]) S. 221 f.

Rechte des Verkäufers" verpflichtet ist. Verzichtet man darauf, von der Vorfrage, ob es eine Abnahmepflicht giebt, auszugehen, so verliert man das sichere Geleise, in dem die Schlußfolgerungen sich zu bewegen haben, und die Berufung auf „Treu und Glauben" ist immer erst dann zulässig, wenn das Gesetz uns im Stich läßt.

Dies war für das gemeine Recht der Fall. Das B.G.B. aber erkennt für den Kauf und Werkvertrag[88]) eine Abnahmepflicht des Käufers beziehungsweise Bestellers ausdrücklich an. Die Pflicht zur Annahme schließt aber in sich auch die Pflicht zur Spezifikation[89]). Denn ob der Käufer die Sache nicht „abnimmt" oder ob er nicht spezifiziert, der Erfolg ist für den Verkäufer derselbe[90]) und in seinem Interesse ist doch die Abnahmepflicht des Käufers aufgestellt.

Auf diese Weise betonen wir freilich nur die eine Seite der Spezifikationshandlung, wir beachten nicht, daß der Käufer durch die Spezifikation auch seine Pflichten bestimmt. Aber das ändert am Ergebnis nichts. Denn die Bestimmung der Rechte wie der Pflichten geschieht durch eine einzige Handlung des Käufers (die Vornahme der Spezifikation)[91]). Bestimmt also der Käufer seine Rechte,

---

[88]) §§. 433. 640. Daß die „Abnahme" beim Werkvertrag neben dem räumlichen Wegschaffen auch noch eine Prüfung des Werks umfaßt, kommt hier nicht in Betracht.

[89]) R.G. Bd. 26 S. 213 ff.

[90]) R.G. Bd. 10 S. 96 ff. Bd. 43 S. 104 ff. Vergl. Kohler, Iherings Jahrbücher Bd. 17 S. 274.

[91]) Hiergegen — daß durch die Spezifikation Rechte und Pflichten des Käufers (Ware und Preis) bestimmt werden — wendet Kohler ein: „Die Wahl (er hält den Spezifikationskauf für ein Wahlschuldverhältnis) bezieht sich nur auf das Abzunehmende, die Höhe des Preises ist die notwendige Konsequenz der Wahl." Ob man aber sagt: „Jemand bestimmt durch eine Handlung seine

so bestimmt er ob er will, oder nicht -- durch dieselbe Handlung zugleich auch seine Pflichten. Der Nachweis also, daß der Käufer zur Bestimmung seiner Rechte verpflichtet ist, reicht völlig aus, eine Pflicht zur Spezifikation überhaupt zu begründen[92]).

Es ist aber durchaus nicht unbestritten, daß das B.G.B. wirklich eine Klage auf Abnahme gewährt[93]). Man kann in der That darüber streiten, ob die allgemeine Aufstellung der Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag wirklich geboten ist, und ob sich nicht eine einengende Auslegung der §§. 433 und 640 empfiehlt. Aber die Gründe, die gegen die gleiche Bestimmung des Entwurf I von Laband[94]) geltend gemacht worden sind, haben die Mitglieder der zweiten Kommission gekannt und sich trotzdem für die Beibehaltung im B.G.B. entschieden.

So sehr auch sonst der Wissenschaft das Recht der freien Auslegung zuzuerkennen ist: in Fällen, in denen die Entscheidung nach reinen Zweckmäßigkeitserwägungen so zweifelhaft ist, in denen Grund und Gegengrund einander so schroff gegenüberstehen, wie in der Frage der Abnahmepflicht, dürfte es sich doch wohl empfehlen, dem

---

Rechte und Pflichten", oder: „er bestimmt seine Rechte, und nur als notwendige Konsequenz seine Pflichten", ist wohl nur eine Verschiedenheit des Ausdrucks. Kohler scheint das doppelseitige Wahlschuldverhältnis zu leugnen, vergl. S. 22.

[92]) Unmöglich ist es aber, einerseits die Pflicht zur Bestimmung der Pflichten anzuerkennen und andererseits die Pflicht zur Abnahme und folglich zur Bestimmung der Rechte zu verneinen, wie Oertmann will, weil beide Bestimmungen durch eine Handlung getroffen werden.

[93]) Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 241. S. 245.

[94]) Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 74 S. 307. Zum Entwurf I des B.G.B.

vom Gesetze eingeschlagenen Wege zu folgen und eine Klage auf Abnahme und folglich auf Spezifikation schlechthin anzuerkennen. Ueberdies bestreitet niemand, daß überall da, wo sich die Abnahme als besondere Leistung[95]) darstellt, auch eine Pflicht zur Abnahme besteht. Es stehen aber in allen Verträgen über Spezifikationskäufe die Worte: „. . . . der Käufer ist verpflichtet, die Spezifikation bis zu dem und dem Termin zu treffen (und die Ware abzunehmen)".

Diese Klausel ist so häufig, daß man in den Fällen, in denen sie nicht ausdrücklich hinzugefügt ist, ohne weiteres die Pflicht zu spezifizieren als eine besondere Vertragspflicht unterstellen kann[96]). Für das Handelsrecht bestimmt H.G.B. §. 375 ausdrücklich: „der Käufer ist verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen".

Die Erfüllung einer Pflicht kann natürlich durch Klage erzwungen werden: wie man eine Klage auf Abnahme anerkennt, muß man auch die auf Vornahme der Spezifikation zulassen.

Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung ist streitig, ob sie nach C.P.O. §. 887 oder 888 zu erfolgen habe. Oertmann[97]) will §. 887 anwenden. Mit logischer Beweisführung ist diese Frage nicht zu entscheiden. Sie hängt eng zusammen mit der andern nach dem Uebergange des Spezifikationsrechts.

I. Oertmann[98]) bejaht die Vollstreckung nach §. 887

---

[95]) Z. B. Kauf eines Hauses auf Abbruch.

[96]) R.G. Bd. 30 S. 97. „Wie nahe eine solche Auslegung mit Rücksicht auf Treue und Glauben auch liegt (so kommt doch im vorliegenden Falle ein solcher Anspruch nicht in Betracht, weil derselbe nicht erhoben ist)".

[97]) S. 225. Ebenso Staub zu §. 375 Anm. 5.

[98]) S. 219. Für das gemeine Recht!!

C.P.O., verneint aber den Uebergang des Spezifikationsrechts.

1) Dies letztere aus folgender Erwägung: „den Spezifikationskauf schließt der Käufer, weil er noch nicht weiß, welche Warensorte oder in welcher Form die bestellte Sorte er benötigen wird. . . . . Ihm nach Belieben des Verkäufers die eine oder die andere Sorte aufdrängen zu lassen, hieße vielfach den ganzen wirtschaftlichen Effekt des Geschäfts in sein grades Gegenteil verkehren“[99]) — und in der Zwangsvollstreckung ist[100]) die „Handlung“ der Spezifikation „offensichtlich“ eine solche, die von einem Dritten vorgenommen werden kann, der Verkäufer „kann sich folgerecht gemäß §. 887 vom Prozeßgericht erster Instanz zur Vornahme derselben ermächtigen lassen!“

2) Die für die Zulässigkeit der Klage auf Vornahme der Spezifikation (und hiermit der Vollstreckung) von Oertmann angeführten Gründe laufen darauf hinaus: die römischen Juristen haben in ähnlichen Fällen eine ähnliche Klage zugelassen, sie würden es auch in dem unseren thun wegen Gleichheit des Grundes. Denn[101]) „will man es dem Lieferanten bei der Sortenspezifikation zumuten, Jahre lang alle in Frage kommenden Sorten je im verkauften Gesamtquantum auf Lager zu halten? . . . .“ Genau diese Gründe aber lassen sich doch auch für den von Oertmann verneinten Uebergang des Wahlrechts anführen, und wenn das praktische Bedürfnis nicht ausreichen sollte, um diesen (für das gemeine Recht) zu rechtfertigen, so kann es auch nicht die Zulässigkeit der Klage auf Spezifikation mit Vollstreckung nach §. 887 begründen.

[99]) Das Spezifikationsrecht wäre hiernach „höchstpersönlich“.
[100]) S. 225.
[101]) S. 224.

II. Die umgekehrte Folgewidrigkeit will ich begehen: ich nehme (für B.G.B.) Uebergang des Spezifikationsrechts, nicht aber die Vollstreckung nach §. 887 an.

Ich bemerke aber, daß ich, falls die Uebertragung des Wahlrechts nicht zulässig wäre, sofort die Vollstreckung nach §. 887 als einen sogar empfehlenswerten Weg anerkennen würde. So jedoch hat die Vollstreckung nach §. 887 keinen Zweck, da man den Uebergang „ohne Prozeß und ohne Kosten kraft Gesetzes haben kann“ [102]). Selbstständige Bedeutung hat daher nur die Vollstreckung nach §. 888.

§. 7.

Klage auf den Mindestpreis.

Statt gradeswegs auf die Vornahme der Spezifikation zu klagen, kann der Verkäufer sie auch mittelbar erzwingen, indem er auf die Gegenleistung klagt. Hat der Käufer zahlen müssen, so liegt es in seinem eigenen Interesse zu spezifizieren.

Da die Leistung des Verkäufers und folglich auch ihr Preis noch nicht bestimmt ist, kann der Verkäufer nur den Mindestpreis beanspruchen, d. h. den Preis, den er bei jeder Spezifikation erhalten muß, also den Preis der billigsten Sorte und der billigsten Form. Gegenüber dieser Klage steht dem Käufer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht zu.

Denn da der Fabrikant das Rohmaterial hergestellt, also theilweise erfüllt hat, die vollständige Erfüllung aber durch das eigene Verhalten des Käufers unmöglich gemacht ist, würde es wider Treu und Glauben verstoßen,

[102]) Kohler: Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 188.

wenn er diejenige Gegenleistung, die er unter allen Umständen zu machen hat, verweigern wollte[103]).

Windscheid hält diesen Weg für „bedenklich", weil um den Mindestpreis[104]) nichts verkauft ist. Statt dessen giebt er ihm das Recht auf den „der einen oder der anderen Form entsprechenden Kaufpreis" zu klagen, so daß, wie bei dem Wahlschuldverhältnis, „der Schuldner das ihm zustehende Wahlrecht nicht schon durch die Erhebung des Prozesses, sondern erst, und zwar zu Gunsten des Gläubigers, der Exekution gegenüber verliert"[105]).

Oertmann[106]) wendet ein, daß dieser Weg, „namentlich bei einer größeren Zahl verschiedener Sorten . . . in der Vollstreckungsinstanz leicht zu allerlei Wirren und Mißgriffen führt, indem er letztlich den Umfang der beizutreibenden Judikatsummen einer Berechnung des Gerichtsvollziehers überlassen müßte."

Was Oertmann hiermit meint, verstehe ich nicht.

Der Verkäufer kann sich nach Windscheid irgend eine der Milliarden Kombinationen, in denen das gekaufte Quantum auf die einzelnen Sorten und Formen verteilt werden kann, nach Belieben aussuchen und auf den dieser Spezifikation entsprechenden Preis klagen. Spezifiziert der Käufer auch in der „Exekutionsinstanz" nicht, so bleibt die Spezifikation des Verkäufers maßgebend, der Käufer muß den sich so ergebenden Preis zahlen und hat einen Anspruch nur auf die spezifizierte Ware.

Dieser Weg ist also sehr wohl gangbar — vorausgesetzt, daß man die Regeln des Wahlschuldverhältnisses

[103]) §. 320, 2. Die besondere Erhebung einer replicatio doli ist nicht nötig. Stammler S. 95.

[104]) Der nicht gleich dem Grundpreis ist. Weber S. 65.

[105]) §. 255 Anm. 11. §. 346 Anm. 10.

[106]) S. 229. Ebenso Weber S. 68.

auf den Spezifikationskauf übertragen darf. Mit dieser Frage aber werden wir uns erst im §. 10 zu beschäftigen haben[107]).

Windscheids Ausführungen scheint der Gedanke zu Grunde zu liegen, daß die Klage auf den Mindestpreis ein vorweg genommener Wahlübergang sei.

Mit Hinblick auf H.G.B. müssen wir wieder wie beim Selbsthilfeverkauf sagen: der Übergang des Wahlrechts ist daran geknüpft, daß erst eine dem Käufer vom Verkäufer gesetzte Frist verstrichen sein muß. Klagt der Verkäufer aber gleich auf den Mindestpreis, so wird diese gesetzliche Vorschrift nicht innegehalten.

Der Irrtum ist der: es findet eine Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die Mindestleistung nicht statt, der Verkäufer klagt nicht einen der Ansprüche ein, die er möglicherweise hat, sondern er klagt den Betrag ein, in dem alle Ansprüche übereinstimmen. Denn alle seine etwaigen Ansprüche setzen sich zusammen aus einem auf alle Fälle sicheren und einem je nach der Spezifikation des Käufers verschiedenen Betrag, und den ersteren klagt er ein[108]).

§. 8.

Spezifikationsverzug als Leistungsverzug im allgemeinen.

Wir haben die Klage auf Vornahme der Spezifikation damit begründet, daß der Käufer zu spezifizieren verpflichtet sei. Wenn aber jemand „verpflichtet" ist, und seiner Pflicht nicht nachkommt, so gerät er in Leistungsverzug. Zwar haben wir oben schon von den Rechten gesprochen,

[107]) Vergl. Anm. 209.

[108]) Vergl. auch Oertmann S. 229.

die sich aus dem Annahmeverzug des Käufers für den Verkäufer ergeben. Aber bei gegenseitigen Verträgen ist jede Partei Gläubiger und Schuldner, es kann demnach jemand sehr wohl zugleich in Annahme- und in Leistungsverzug sein, wenn er nämlich weder die Leistung der andern Partei annimmt, noch seinerseits leistet[109]) (oder „zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet")[110]).

Beides ist scharf zu trennen, ganz besonders scharf[111]) dann, wenn das Gesetz die Annahme (und folglich die Spezifikation) aus einem Recht des Gläubigers zu einer Vertragspflicht erhoben hat, wenn also der Gläubiger durch die bloße Nichtannahme (oder Unterlassung der Spezifikation) sowohl in Annahme- als auch in Leistungsverzug gerät[112]).

Wir haben daher jetzt als eine ganz besondere Gruppe von Rechten die zu betrachten, die sich für den Verkäufer neben der Klage auf Spezifikation daraus ergeben, daß der Käufer seine Pflicht zu spezifizieren nicht erfüllt.

Damit der Käufer in Leistungsverzug kommt, muß der Verkäufer, wenn z. B. bei der „Spezifikation nach Bedarf" eine den Umständen nach angemessene Zeit (vergl.

---

[109]) Zu beachten ist aber, daß zum Leistungsverzug Verschulden erforderlich ist, zum Annahmeverzug nicht.

[110]) §. 298.

[111]) Dernburg, Sv. I S. 163.

[112]) Von diesem Leistungsverzug bezüglich der (selbständigen) Spezifikationspflicht ist der Zahlungsverzug zu unterscheiden. „Ob dieser gleichzeitig mit dem Spezifikationsverzug vorliegt oder nicht — weil der Käufer vielleicht den Kaufpreis schon im voraus bezahlt hat oder weil der Termin zur Zahlung des Preises noch nicht gekommen ist — ist völlig unerheblich." Cosack B.-R. I S. 454.

Anm. 9) verstrichen ist, den Käufer auffordern zu spezifizieren („mahnen"). Dieser Aufforderung steht die Erhebung der Klage auf Spezifikation gleich[113]). Doch wird die Aufforderung oder Klageerhebung regelmäßig nicht nötig sein, da in der Mehrzahl der Fälle für jede einzelne Spezifikation ein besonderer Termin, oder doch ein Endtermin festgesetzt ist, bis zu dem das gesamte Quantum spezifiziert sein muß, so daß in allen diesen Fällen der Käufer schon nach Maßgabe von §. 285 in Verzug kommt.

Von den Folgen des Verzuges befreit sich der Schuldner durch den Nachweis: daß „die Leistung in Folge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat".

Während der Annahmeverzug dem Schuldner nur einen Anspruch auf den Ersatz der Mehraufwendungen giebt, muß der in Leistungsverzug geratene Schuldner dem Gläubiger allen Schaden ersetzen. Der Verkäufer kann also auf der nachträglichen Vornahme der Spezifikation bestehen, sie eventuell durch Klage erzwingen, und für den durch den Spezifikationsverzug erlittenen Schaden Ersatz verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer auf den Mindestpreis geklagt hat; auch dann, wenn er das Rohmaterial bei sich behalten und aufbewahrt hat. Ist er Kaufmann, so kann er im letzteren Falle eine Vergütung beanspruchen, auch ohne daß er Auslagen u. s. w. gehabt hat[114]).

Daß die erhöhte Haftung, die §. 287 aufstellt, in unserem Falle irgend wie von Bedeutung sein könnte, finde ich nicht.

---

[113]) §. 284. Ein Zahlungsbefehl ist natürlich ausgeschlossen. Vergl. C.P.O. §. 688.

[114]) Staub zu §. 373 Anm. 17.

§. 9.

Die Rechte aus §. 326 B.G.B.

Für den gegenseitigen Vertrag giebt §. 326 dem Verkäufer, außer den ihm durch §§. 284 ff. gewährten Vorteilen noch zwei weitere Rechte[115]).

Der Verkäufer kann nämlich dem Käufer eine Frist[116]) zur Nachholung der Spezifikation mit der Erklärung bestimmen, daß er eine nach Ablauf der Frist geschehene (d. h. ihm zugegangene)[117]) Spezifikation nicht mehr berücksichtigen werde. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist hat der Verkäufer seinen Anspruch auf Vornahme der Spezifikation verloren[118]).

Der Verkäufer kann nur entweder vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

1) Entscheidet er sich für den Rücktritt, so muß er dem Käufer den etwa erhaltenen Preis herausgeben, kann aber schon gemachte Teilleistungen zurückverlangen. Das Rohmaterial behält er, ohne daß er eine Entschädigung beanspruchen könnte. Es wird also alles so behandelt, als

[115]) A. M. für das B.G.B. ist Staub S. 1309 Anm. 143. Vergl. S. 1312 Anm. 5, S. 1314 Anm. 12. Aber grade aus der Thatsache, daß §. 375 H.G.B. ausdrücklich auf §. 326 B.G.B. verweist, ergiebt sich, daß die von Staub geltend gemachten Gründe zum mindesten für den Spezifikationskauf nicht zutreffen.

[116]) Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges für den Nichtsäumigen kein Interesse, so bedarf es der Fristsetzung nicht. Für den Spezifikationsverzug wird diese Bestimmung des §. 326, 2 nicht sehr häufig praktisch werden.

[117]) §. 130.

[118]) Weshalb diese Bestimmung getroffen ist, ist nicht recht einzusehen. Der Verkäufer hat einen Anspruch auf Vornahme der Spezifikation. Daß er ihn durch jene Fristsetzung verliert, ist eine außerordentliche Begünstigung des Käufers, zu der kein Anlaß vorliegt.

wäre von dem Spezifikationskauf unter den Parteien nicht die Rede gewesen; die Verhältnisse der Parteien werden in die Lage zurückversetzt, in der sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befunden haben[119]). Auf diese Weise wird der Fabrikant „von der Reallieferung befreit und kann die Fabrik mit der Ausführung anderer Aufträge beschäftigen, wenn solche vorliegen. Also ist ihm hiermit gedient, wenn solche anderen Aufträge in ausreichender Menge vorliegen“[120]).

2) Ist das nicht der Fall, so wird er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Was heißt das?

Das eine ist zunächst klar, daß es sich hier nur um Geldersatz handeln kann. Zwar ist der Anspruch auf Schadensersatz nach B.G.B. zunächst gerichtet auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Man bedenke aber, zu welchem Ergebnis dieser Grundsatz in unserem Falle führt: der Verkäufer setzt dem Käufer eine Frist, nach deren Ablauf er die Spezifikation ablehnen darf, und nun soll er dem Käufer gemäß §. 250 noch einmal eine Frist setzen, innerhalb deren der Käufer noch spezifizieren darf, um dann erst Geldersatz zu erhalten?

Sollte jemand einwenden, den Worten des Gesetzes dürfe nicht in dieser Weise Gewalt angethan werden, so frage ich ihn, ob er sich auch bei folgendem Ergebnis beruhigen will: Der Käufer schuldet z. B. den Kaufpreis von 50 000 M., zahlt aber nicht. Um ihn in Verzug zu setzen, wird regelmäßig eine besondere Mahnung nötig sein. Der Käufer zahlt trotzdem nicht. Jetzt setzt ihm der Verkäufer eine Frist mit der Erklärung, daß er nach Ablauf

---

[119]) §. 327 und §§. 346 ff. §. 327 II kommt für die Fälle des §. 326 nicht in Betracht, vergl. §. 285. Die nähere Darstellung der Regeln des Rücktritts gehört nicht hierher.

[120]) Nach R.G. Bd. 37 S. 25 ff.

der Frist die 50 000 M. als Erfüllung des Vertrages ablehne. Er verlangt dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also wieder die 50000 M. + Zinsen, ein weiterer Schaden wird meist nicht eingetreten sein. Und zwar steckt er ihm eine neue Frist mit der Erklärung, daß er die 50 000 M. + Zinsen als Wiederherstellung des früheren Zustandes ablehne. Nach Ablauf dieser neuen Frist kann er endlich die 50 000 M. + Zinsen einklagen, diesmal unter dem Titel: Ersatz in Geld[121]).

Ob man auf diese Weise vielleicht dahin kommt, aus dem Schadensersatzbegriff den Grundsatz der Wiederherstellung des früheren Zustandes überhaupt zu streichen[122]) lasse ich dahingestellt — in den Fällen, in denen allein eine Wiederherstellung des früheren Zustandes einleuchtet, nämlich bei der Beschädigung von Sachen, hat der Gläubiger schon nach dem Gesetz das Recht, ohne weiteres Gelderſatz zu verlangen[123]).

Jedenfalls kann mit dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß §. 326 nur Ersatz in Geld gemeint sein.

Der Schaden, den der Verkäufer erlitten hat, hängt natürlich ab von der Höhe des Kaufpreises. Dieser aber ist verschieden, je nach der Spezifikation des Käufers. Also kann der Fabrikant, wenn die Spezifikation unterbleibt, nur den Preis ansetzen, den er auf jeden Fall erhalten haben würde: also den Preis für das Rohmaterial und dazu den Preis der billigsten Sorte beziehungsweise Form.

---

[121]) §. 250 II.

[122]) Vergl. Degenkolb: Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 76 S. 80. Welche Folgen der Grundsatz der Wiederherstellung des früheren Zustandes für die Rechtssystematik hat, darüber vergl. Szkolny und Caro zu §. 249 Anm. 4 A.

[123]) §. 249 II.

Dazu kommt noch der Ersatz eines dem Fabrikanten sonst entstandenen Schadens. Abzuziehen sind die infolge der unterlassenen Sortenherstellung und Formengebung ersparten Aufwendungen. Diesen Betrag hat der Fabrikant als Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen. Seinerseits bleibt er aber zur Gegenleistung verpflichtet: er muß also das Rohmaterial liefern; muß er auch, wenn der Käufer nachträglich spezifiziert, diese Spezifikation ausführen? Nein! Denn der Ablauf der Frist, die der Verkäufer dem Käufer gesteckt hat, giebt ihm das Recht, jede, auch die dem Mindestpreise entsprechende Spezifikation des Käufers abzulehnen. Ferner tritt an die Stelle der Leistung des Käufers, also sowohl der Zahlung wie der Spezifikation, die neue Pflicht zum Schadensersatz. Aus diesem doppelten Grunde braucht der Verkäufer auf eine nachträgliche Spezifikation nicht einzugehen, sondern seine Leistung beschränkt sich auf die Lieferung des Rohmaterials.

In dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung steckt auch der Wert des Rohmaterials. Kann nun der Fabrikant vielleicht das Rohmaterial behalten und nur auf den Unterschied zwischen dem Betrage des Schadensersatzes und des Rohmaterialwertes klagen? Von der herrschenden Meinung wird diese Frage verneint[124]), bejaht namentlich von Staub, aus beachtenswerten Gründen.

Sowie es sich nämlich um den Verzug mit einer Geldleistung handelt, unterscheidet sich der Schadensersatz wegen Nichterfüllung — falls der Nichtsäumige seinerseits zur Leistung verpflichtet bleibt — nicht von dem Anspruch auf Erfüllung nebst Schadensersatz wegen Verspätung.

[124]) Planck, Anm. 3a zu §. 325. Dernburg Sv. Bd. 2 S. 215. Schollmeyer, Anm. 3 zu §. 326. Adler in Holdheims Wochenschrift für Handels- und Aktienrecht Bd. 6 S. 110 und S. 170 verneint sie aus börsenpolitischen Gründen.

Ist z. B. der Käufer mit der Zahlung des Preises von 50 000 M. im Verzuge, so kann der Verkäufer nach dem Ablauf der dem Käufer gesteckten Frist die 50 000 M. als Erfüllung des Vertrages ablehnen und verlangen: ja, worin besteht der Schaden, den der Verkäufer durch die Nichterfüllung erlitten hat? wieder in den 50 000 M. und dazu Schadensersatz dafür, daß die 50 000 M. nicht rechtzeitig gezahlt worden sind, also kommen regelmäßig zu den 50 000 M. nur die Verzugszinsen hinzu. Dies aber ist nichts anderes, als Erfüllung (50 000 M.) und Schadensersatz wegen Verspätung (Verzugszinsen).

Besonders eigentümlich ist dies Ergebnis für den § 326, 2. Wenn der Verkäufer in Folge des Verzuges kein Interesse mehr daran hat, zu liefern gegen Empfang der 50 000 M., so giebt ihm §. 326, 2 das Recht, sofort, ohne Fristsetzung (zurückzutreten oder) Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Nach der herrschenden Meinung wird hier dem Verkäufer das Recht gegeben, statt der (beiderseitigen) Erfüllung, an der er ja, wie §. 326, 2 voraussetzt, kein Interesse hat, — Erfüllung und Schadensersatz wegen Verspätung zu verlangen. Der Verkäufer, der kein Interesse daran hat, zu liefern gegen Empfang der 50 000 M., muß nach §. 326, 2 liefern gegen Empfang wieder der 50 000 M. und dazu der Verzugszinsen.

Jenen Schadensersatz wegen Verspätung (also regelmäßig nur die Verzugszinsen) kann der Verkäufer aber schon nach §§. 286 und §. 288 beanspruchen[125]), und zwar ohne Fristsetzung (wie nach §. 326, 1). Es wäre also für den Verkäufer viel vorteilhafter, auf der Erfüllung zu bestehen und nach §. 286 und 288 Schadensersatz wegen Verspätung zu verlangen; mit anderen Worten: hätte die

[125]) Planck Anm. 1 zu §. 326.

herrschende Meinung Recht, so wäre §. 326[126]) für die Fälle des Verzuges mit Geldleistungen überflüssig. Diese Fälle sind aber die Mehrzahl aller Verzugsfälle überhaupt. Zunächst bilden sie, da ein Tausch von Sachen oder anderen Leistungen sehr selten ist, sicher die Hälfte aller Fälle. Dann aber ist zu bedenken, daß regelmäßig der Vertragsteil, der nicht Geld schuldet (Verkäufer, Unternehmer, Dienstverpflichteter, Vermieter u. s. w.), vorzuleisten hat. Diese haben ein Interesse daran zu leisten, da sie sonst die Gegenleistung nicht erhalten. Wer dagegen die Leistung des anderen Vertragschließenden schon bekommen hat, hat nie ein „Interesse", seinerseits zu leisten. Also ist ein Verzug mit einer Geldleistung mit Sicherheit häufiger zu erwarten als der mit irgend einer anderen Leistung. In der überwiegenden Mehrzahl aller in Betracht kommenden Fälle kann also die herrschende Meinung eine besondere Bedeutung des §. 326 nicht nachweisen.

Anders Staub. Er faßt in der Wendung „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", das Wort „Erfüllung" grade so auf, wie es von der herrschenden Meinung im §. 326, 2 aufgefaßt wird, nämlich als „beiderseitige Erfüllung"[127]). Nach ihm bedeutet also Schadensersatz wegen Nichterfüllung Ersatz des Schadens, den der Nichtsäumige dadurch erlitten hat, daß der Vertrag von beiden Seiten nicht erfüllt worden ist.

---

[126]) Ich spreche hier nur von dem Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

[127]) Planck Anm. 1 zu §. 326. Oertmann Sv. Anm. 5 zu §. 326. Zu beachten ist übrigens die Ausdrucksweise des §. 326, 1: Der Nichtsäumige lehnt die Leistung ab, und: sein Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Sollte nicht in beiden Fällen dasselbe gemeint sein? Wollte man aber auf diese Ausdrucksverschiedenheit Wert legen, so würde Staubs Meinung eine wertvolle Stütze erhalten.

Vom Rücktritt unterscheidet sich das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung dadurch, daß beim Rücktritt die Verhältnisse der Parteien wieder in den Zustand gebracht werden, in dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befunden haben, während „dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung derjenige Zustand zu Grunde gelegt wird, der in dem kritischen Zeitpunkte besteht“ [128]), d. h. in dem Zeitpunkte, da der Anspruch erhoben wird. Hat z. B. der Verkäufer teilweise geleistet, so giebt der Rücktritt ihm das Recht, das Geleistete zurückzufordern; verlangt der Verkäufer dagegen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so behält der Käufer die Teilleistung des Verkäufers, muß aber Schadensersatz dafür leisten, „daß er den Kaufpreis nicht gezahlt hat, obgleich er dazu verpflichtet ist, und obgleich er einen Teil der Ware bereits erhalten hat.“

Gegen Staubs Meinung läßt sich einwenden:

1) Wenn der Verkäufer ganz geleistet hat, so deckt sich auch nach Staub der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung [129]) mit dem auf Erfüllung und Schadensersatz wegen Verspätung. Für diese Fälle ist auch nach Staub §. 326 überflüssig.

2) Hat der Verkäufer noch garnicht geleistet, so deckt sich das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, mit dem Recht, zurückzutreten und daneben Schadensersatz zu verlangen. §. 326 würde also dem

---

[128]) Staub S. 1278.

[129]) In §. 463 unterscheidet sich der Anspruch auf Schadensersatz von der Minderung durch den größeren Betrag; von „Wandelung und Schadensersatz“ dadurch, daß der Käufer die Sache behält (dies gegen Götte!). Befremdend bleibt allerdings, daß der Käufer nicht Wandelung und Schadensersatz beanspruchen kann.

Verkäufer zur Wahl stellen, „Rücktritt" und „Rücktritt und Schadensersatz", das besondere Rücktrittsrecht also überflüssig sein.

Für Staubs Ansicht spricht als Zweckmäßigkeitsgrund die vorteilhafte Stellung, die sie dem Verkäufer giebt. Wenn er Gelegenheit hat, das Rohmaterial anderweitig zu verwenden, so ist es für ihn sehr wertvoll, wenn er das Rohmaterial schon fertig bei der Hand hat. Überdies erhält er auf diese Weise aus dem ersten Verkauf des Rohmaterials den Unterschied zwischen dem Preise und dem Werte, und aus dem zweiten für dasselbe Material den vollen Preis. Sollte dies Ergebnis als dem Verkäufer zu vorteilhaft[130]) erscheinen, so kann man es dadurch mildern, daß von dem Betrage des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung, den der erste Käufer zu leisten hat, nicht nur der Wert, sondern der Preis des Rohmaterials abgezogen wird. Unter diesen Umständen wird der Fabrikant nur dann das Rohmaterial behalten wollen, wenn der neue Verkauf, für den er es verwenden kann, ihm einen höheren Verdienst gewährt als der erste. Dieser Vorteil geht aber nicht aus der Tasche des ersten Käufers, man wird ihn daher dem Fabrikanten gönnen dürfen.

Freilich kann man das Entgegengesetzte aus folgender Betrachtung ableiten: wenn der Verkäufer im Verzuge mit seiner Sachleistung ist, so kann der Käufer Schadensersatz wegen Nichterfüllung, also Geld verlangen. Nach der herrschenden Meinung bleibt er zwar zur vollen Zahlung des Preises verpflichtet, natürlich kann er aber jetzt aufrechnen! All die Gründe nun, die zu der Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit auf gleichartige Leistungen geführt

[130]) Und zwar auf Kosten des ersten Käufers, der, wenn er sich das Rohmaterial anderweitig verschaffen will, nicht nur den Wert, sondern den vollen Preis zahlen muß.

haben, sprechen auch dagegen, in dem umgekehrten Falle, daß der Käufer im Verzuge ist, eine Anrechnung der Sachleistung des Verkäufers auf die Geldleistung des Käufers zuzulassen.

Es ist schwer, in diesem Streit eine Entscheidung zu geben; ich schließe mich Staub an: nach ihm hat §. 326 in zahlreicheren Fällen eine selbständige Bedeutung als nach der herrschenden Meinung; nach ihm ist bei unserm Spezifikationskauf der Fabrikant besser gestellt, als nach der herrschenden Meinung, für diesen wollen wir aber grade eine möglichst günstige Stellung erobern. Ich gebe ihm also das Recht, entweder den vollen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen und seinerseits zu leisten, oder das Rohmaterial zu behalten und nur den Unterschied zwischen dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Preise des Materials zu verlangen.

Wählt er das letztere, so kann er als „Unterlage für seinen Schadensersatzanspruch einen formlosen Selbsthilfeverkauf vornehmen“ [131]). Was aber soll er beim Spezifikationskauf ausbieten [132])? Das Rohmaterial? Ich glaube, er darf hier ohne Weiteres das verkaufte Quantum „vorbehaltlich der Spezifikation“ versteigern lassen. Denn hier hat er nicht die Stellung eines Schuldners, der sich nach

[131]) Cosack, B.-R. Bd. 1 S. 454. Ebenso Oswalt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 213, und Staub im Exkurs zu §. 374 S. 1277. Nach der herrschenden Meinung hat er dies Recht natürlich nur, wenn zugleich Annahmeverzug vorliegt, und auch dann nur in den Formen des H.G.B. §. 373 beziehungsweise B.G.B. §. 383 f. So ausdrücklich Kaufmann, Schadensersatz wegen Nichterfüllung, in der Deutschen Juristenzeitung Bd. 4 S. 752.

[132]) Auch Verkauf unter der Hand ist zulässig. Staub Exkurs zu §. 374 Anm. 28. Dort vergl. auch das Nähere über die Pflichten des Verkäufers beim formlosen Selbsthilfeverkauf.

B.G.B. §. 383 der „Sache“ oder nach H.G.B. §. 373 der „Ware“, die er zu leisten verpflichtet ist, im Wege des förmlichen Selbsthilfeverkaufs entledigen will. Hier ist er Gläubiger, der vom Schuldner Ersatz dafür verlangt, daß dieser die von ihm geschuldete Leistung nicht macht. Um diesen Schaden festzustellen, läßt der Verkäufer sich gegen Lieferung derselben Ware, die er dem Käufer schuldete, von einem Dritten das leisten — was dieser in der Versteigerung bietet. Der Unterschied der Leistung des Käufers und dieses Dritten ist sein „Schaden“.

Wenn die Leistung des Käufers nur in Geld besteht, leuchtet dies ein. Weshalb soll es einen Unterschied machen, wenn es sich außerdem um eine andere Leistung, z. B. Vornahme der Spezifikation, handelt? Nur der Unterschied ist vorhanden: den Kaufpreis wird der Dritte regelmäßig nicht zu seinem ganzen Betrage zu leisten haben, die „Leistung“ der Spezifikation aber verträgt keine Herabsetzung; der Dritte erhält den Zuschlag für billiges Geld, spezifizieren muß er in demselben Maße, wie der erste Käufer.

Doch wie ist hier der Schaden zu berechnen? Der Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen und Kosten für die Aufbewahrung bleibt unberührt. Daneben hatte der Verkäufer den Preis für die billigste Sorte und die billigste Form zu beanspruchen. Hiervon scheidet aus der Preis für die Formengebung. Denn die Überpreise stehen fest; wie der neue Käufer auch spezifiziert, den billigsten Überpreis muß er auf jeden Fall zahlen. Auf den Grundpreis aber wird geboten. An ihm wird sich also ein Ausfall ergeben und dieser Ausfall ist der „Schaden“ des Fabrikanten.

Sind mehrere Grundpreise x, y, z für die Sorten a, b, c vorhanden, so kann es vorkommen, daß der

Ersteigerer, der die teuerste Sorte a spezifiziert, nicht einmal den Preis z zu zahlen hat. Hat er den Zuschlag z. B. um den Preis p erhalten, so ist der Schaden des Fabrikanten s nicht etwa $= z - p$, so daß, wenn $z = p$ ist, der Schaden gleich Null wäre. Sondern da die Grundpreise für die verschiedenen Sorten verschieden sind, ist anzunehmen, daß der Fabrikant bei ihrer Herstellung verschieden große Aufwendungen zu machen hat. Man kann ihm also nicht zumuten, daß er sich den Preis, den er für die Herstellung einer besseren Sorte erhält, auf den vom ersten Käufer zu zahlenden Mindestpreis, d. h. den Preis für die billigste Sorte, anrechnen läßt. Vielmehr ist der Schaden des Fabrikanten $s = x - p$: der erzielte Preis ist von dem Grundpreise für die spezifizierte Sorte abzuziehen.

Für den Käufer kann es auf diese Weise sehr nachteilig sein, wenn der Verkäufer seinen Schaden „konkret" berechnet. Ist z. B. $x = 120$, $z = 110$, $p = 105$, der Preis des Rohmaterials $= 100$, so hat der Käufer $120 - 105 = 15$ zu zahlen, während er bei „abstrakter" Berechnung nur $110 - 100 = 10$ zu zahlen hätte. Das liegt daran, daß beim Spezifikationskauf Ware und Preis nicht feststehen. Diese Unbestimmtheit soll dem Interesse des Käufers dienen. Vorausgesetzt ist aber, daß er seiner Pflicht nachkommt und die vorbehaltenen Bestimmungen trifft. Thut er dies nicht, so muß er es sich gefallen lassen, daß die Unbestimmtheit zur Strafe für seine Lässigkeit vom Verkäufer gegen ihn ausgenutzt wird.

Hat der Käufer nur teilweise nicht spezifiziert, so kann der Verkäufer natürlich auf der nachträglichen Spezifikation bestehen und Schadensersatz wegen der Verspätung verlangen. Statt dessen kann er die nachträgliche Spezifikation ablehnen und wegen der unterlassenen Teilspezifikation

Schadenserſatz wegen Nichterfüllung verlangen oder in Anſehung dieſes Teiles des Vertrages zurücktreten[133]). Hat endlich die Teilſpezifikation für ihn kein Intereſſe mehr (was nicht ſehr häufig der Fall ſein wird), ſo kann er Schadenserſatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurücktreten[134]).

3.

Übergang des Spezifikationsrechts.

§. 10.

Es iſt eine reiche Zahl von Rechten, die dem Verkäufer für den Fall zuſtehen, daß der Käufer nicht ſpezifiziert.

Da die Vornahme der Spezifikation Pflicht und Recht des Käufers iſt, kann der Käufer — zunächſt natürlich die Spezifikation erzwingen und Schadenserſatz wegen der Verſpätung verlangen, und ferner ſowohl die Rechte aus dem Leiſtungs- wie die aus dem Annahmeverzuge geltend machen[135]).

„Bald werden jene, bald dieſe Rechte für ihn günſtiger ſein. Zu beachten iſt namentlich, daß die Rechte aus dem Annahmeverzuge unabhängig von der Bewilligung einer Nachfriſt ſind. – Auf die Rechte aus dem Annahmeverzuge iſt der Verkäufer beſchränkt, wenn der Käufer durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umſtand“[136]) an der Vornahme der Spezifikation verhindert iſt.

---

[133]) Stammler S. 144. 145.

[134]) §. 326, 1, III.

[135]) Fleck erſcheint dies als zu weit gehend, er will (de lege ferenda) nur die Wahl zwiſchen beiden Gruppen von Rechten zugeſtehen. Vergl. Fleck, die Verzugslehre und der Entwurf des H.G.B. im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 12 S. 259.

[136]) Coſack, B.-R. I S. 455.

Trotz der großen Zahl der dem Verkäufer zustehenden Rechte, ist seine Lage nicht günstig. Denn recht wirksam ist keins.

Die Spezifikation zu erzwingen, ist zu langwierig, gerade ein schleuniges Mittel ist für den Fabrikanten Bedürfnis. Zurückzutreten ist nicht sein Wunsch, fast immer wird er gerade an der Aufrechterhaltung des Vertrags ein lebhaftes Interesse haben.

Wenn er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so entgeht ihm die weitere Ausführung der Fabrikation: die Formengebung oder Herstellung der besonderen Sorten. Wenn er auch denselben Verdienst hat, wie bei pünktlich getroffener Spezifikation: Schadensersatz ist nur ein außerordentlicher Ausgleich; oft aber wird es dem Fabrikanten gerade auf die regelmäßige Fortführung seines Betriebes ankommen, so z. B. immer dann, wenn sonstige Aufträge nicht in genügender Menge vorliegen.

Daß die Hinterlegung beim Spezifikationskauf rechtlich zulässig ist, wird von der herrschenden Meinung nicht angenommen. Oft auch wird sie aus „thatsächlichen Gründen nicht möglich, immer aber mit Kosten für den Verkäufer verbunden sein“ [137]).

„Gleichfalls Weiterungen, Mühen und Kosten macht der Selbsthilfeverkauf[138]). Nicht zum Ziele führt er, wenn ein zweiter Käufer sich nicht findet“ [139]). Findet sich aber einer, so ist der Fabrikant verpflichtet, nach dessen Spezifikationen die Arbeit auszuführen. Natürlich wird sie jetzt erst sehr viel später fertig, als, wenn der erste Käufer rechtzeitig spezifiziert hätte; der Fabrikant

[137]) Die Auslagen muß natürlich der Verkäufer machen! Wie er dann zu seinem Gelde kommt, ist seine Sache.

[138]) Sowohl der förmliche als der formlose.

[139]) Protokolle II S. 53.

kommt also mit seinem Arbeitsplan in Verwirrung, zumal wenn die Fabrik auch mit anderen Aufträgen überhäuft ist. Auf diese Weise kann der Fabrikant sehr leicht in Leistungsverzug geraten. Denken wir uns nun, der alte Käufer erhält den Zuschlag[140]), so könnte er in einem solchen Falle „gleichsam den Spieß umdrehen"[141]) und seinerseits die Rechte aus §. 326 B.G.B. geltend machen, z. B. zurücktreten.

Jedenfalls aber kann er auf diesem Wege, vorausgesetzt, daß es ihm gelingt, sich den Zuschlag zu sichern, die Erfüllung seiner Spezifikationspflicht hinausschieben, und auf Kosten des Fabrikanten darauf spekulieren, daß ein plötzlicher Umschwung die Preise wieder in die Höhe gehen läßt. Geschieht dies, dann spezifiziert er, und wird, wenn der Gegenstand groß genug ist, die Kosten jenes Selbsthilfeverkaufs leicht verschmerzen können.

Wie endlich, wenn auch der neue Käufer nicht spezifiziert? Entgegen seinen Erwartungen dauert vielleicht der Preissturz der betreffenden Ware fort. Soll hier der Fabrikant noch einmal zum Selbsthilfeverkauf schreiten und das alte Spiel wieder von neuem beginnen?

Im wesentlichen dieselben Erwägungen, die wir soeben für den Spezifikationskauf gemacht haben, haben dazu geführt, daß im §. 315 das Bestimmungsrecht auf den

---

[140]) Was nach H.G.B. §. 373 Abs. 4 und nach B.G.B. §§. 456, 457 zulässig ist. Das Gegenteil könnte man für das B.G.B. aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung wie in §. 1239 ableiten. Aber die Thatsache, daß in einem Falle eine Bestimmung gegeben ist, im andern nicht, kann man immer entweder zu einem Analogieschluß oder zu einem argumentum a contrario verwenden - nach Belieben. Selbst mitzubieten wird sich selten für den Fabrikanten empfehlen.

[141]) Weber S. 66.

Richter, im §. 264 das Wahlrecht auf den nicht wahlberechtigten Vertragschließenden übertragen wird.

Auch auf H.G.B. §§. 560, 592 und Binnenschiffahrtsgesetz vom 15. Juni 1895 §§ 27, 40, 46[142]) kann man in diesem Zusammenhang hinweisen: „Wenn das Schiff verfrachtet ist, und der Befrachter die Bestimmung des Platzes hat, an dem das Schiff anlegen soll, so kann der Frachtführer, falls eine Anweisung nicht erfolgt oder falls eine undurchführbare Anweisung erfolgt, das Schiff an einem der ortsüblichen Plätze anlegen, und ebenso verhält es sich mit dem Löschungsplatze: also die Auswahl des Anlegeplatzes geht auf den Frachtführer über“[143]).

Dieselben Erwägungen liegen endlich auch der Regelung des Spezifikationskaufs im §. 375 H.G.B. zu Grunde: Nachdem der Käufer entweder durch die Aufforderung des Verkäufers zu spezifizieren oder durch den Ablauf des für die Spezifikation angesetzten Termins in Verzug gekommen[144]) ist, steckt der Verkäufer dem Käufer unter Mitteilung einer von ihm selber getroffenen Bestimmung eine Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung, nach

---

[142]) Durch Art. 12 H.G.B. nicht geändert.

[143]) Kohler, Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 184. Vergl. auch C.P.O. §. 1029.

[144]) Stammler S. 137 für B.G.B. §. 264,2. Daß die Fristbestimmung mit jener Aufforderung verbunden werden kann, wird mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes meist nicht angenommen, wohl aber von Cosack I S. 292. Für seine Meinung sprechen gewichtige Zweckmäßigkeitsgründe: wie wenige werden wohl wissen, daß diese doppelte Aufforderung nötig ist? In allen Fällen aber, in denen dies Formerfordernis nicht beobachtet ist, Unwirksamkeit der Fristbestimmung anzunehmen, hieße nur: dem säumigen Käufer Gelegenheit zu geben, auf Kosten des Verkäufers noch länger säumig zu sein. Eine solche Begünstigung verdient er aber nicht.

deren Ablauf die vom Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend ist.

Diese Regelung hat die Gesetzeskommission, aus Juristen, Kaufleuten und Fabrikanten bestehend, als die am besten den Interessen des Verkäufers entsprechende anerkannt — und diesen gilt es gegenüber der Lässigkeit des Käufers zu schützen[145]). Das B.G.B. dagegen enthält für die Fälle, daß die Leistung nach freiem Belieben zu bestimmen ist (außer §. 319, 2), keine Regelung.

Planck[146]) nimmt für diese Fälle an, daß der Vertrag „unter der aufschiebenden Bedingung, daß die Bestimmung erfolge", geschlossen ist. Ebenso Dernburg[147]) und Staudinger[148]). Gelegentlich mag diese Auslegung den Absichten der Parteien entsprechen. Regelmäßig aber wird anzunehmen sein, daß in das Belieben des Bestimmungsberechtigten nicht, „ob er bestimmen wolle, sondern nur was er als Leistung bestimmen wolle"[149]) gestellt ist. So selbstverständlich beim Spezifikationskauf.

Ebenfalls nicht gangbar ist der von Cosack[150]) vorgeschlagene Weg, in entsprechender Anwendung von § 319, 2 den Vertrag bei Verzögerung der Spezifikation als unwirksam zu betrachten. Hiergegen spricht zunächst, daß der bestimmungsberechtigte Vertragschließende regelmäßig zur Bestimmung verpflichtet ist, der Dritte regelmäßig aber nicht[151]). Dann aber ist ihr Ergebnis für uns unbrauchbar:

[145]) So auch schon Römer (1877); er rät (S. 148) dem Verkäufer, eine Klausel dieses Inhalts in den Vertrag aufnehmen zu lassen.

[146]) Anm. 5 zu §. 315.

[147]) Sv. I S. 190.

[148]) Zu §. 315.

[149]) Schollmeyer, Anm. 4c zu §. 315.

[150]) B.-R. I S. 301. Ebenso Goldmann-Lilienthal S. 104.

[151]) Schollmeyer a. a. O.

der Spezifikationskauf kann nicht dadurch unwirksam werden, daß der Käufer nicht spezifiziert. Hierüber ein Wort zu verlieren, ist überflüssig.

Auch die entsprechende Anwendung der §§. 642 und 643[152]) fördert uns nicht: das Rücktrittsrecht ergiebt sich für den Spezifikationskauf schon nach §. 326 und den Anspruch auf „angemessene Entschädigung" hat der Verkäufer neben dem auf Erfüllung nach §. 286 und statt desselben nach §. 326 als „Schadensersatz wegen Nichterfüllung"[153]).

Die zweckmäßigste Regelung des Spezifikationskaufs ist zweifellos die des §. 375 H.G.B. Sollten wir sie nicht entsprechend auch auf das Bürgerliche Recht ausdehnen können? Vom Bürgerlichen auf das Handelsrecht Regeln zu übertragen ist zulässig, aber umgekehrt? Was unter Kaufleuten angemessen ist, braucht es im sonstigen Verkehr nicht zu sein. Doch wir haben eben erst die Regelung des Spezifikationskaufs im §. 375 für die allein angemessene erklärt. Ueberdies sind ihr auch nach H.G.B. Nichtkaufleute unterworfen, nämlich immer dann, wenn sie von einem Kaufmann kaufen oder an einen Kaufmann verkaufen. Es liegt also kein Grund vor, in den wenigen Fällen, in denen Nichtkaufleute unter einander einen Kaufvertrag mit Vorbehalt der Spezifikation schließen, eine andere Regelung eintreten zu lassen.

Wenn man aber den Sprung von einem Gesetz in das andere scheut, so muß man innerhalb des B.G.B. den einzigen Fall ins Auge fassen, in dem nach Ablauf einer Frist ein „Bestimmungs"-Recht auf den zunächst nicht zur Bestimmung Berechtigten übergeht, nämlich das Wahlschuldverhältnis im §. 264, 2.

---

[152]) Planck, Anm. 3b zu § 651.

[153]) Der letztere Anspruch ist allerdings daran geknüpft, daß dem Käufer erst noch eine Frist gesetzt ist; der aus §. 642 nicht.

Mag nun die ältere Vorstellung, es handele sich beim Spezifikationskauf überhaupt um ein Wahlschuldverhältnis, nachklingen, oder mag irgend ein dunkles Gefühl, daß er doch große Aehnlichkeit mit diesem Verhältnis habe, daran schuld sein — genug, es zeigt sich wiederholt das Bedürfnis für den betreffenden Schriftsteller, auf die Uebereinstimmung der von ihm für den Spezifikationskauf vertretenen Regelung mit der allgemein anerkannten des Wahlschuldverhältnisses hinzuweisen. So sagt der Verfasser der Denkschrift[154]) zu §. 375: „Der Uebergang des Spezifikationsrechts auf den Verkäufer steht im Einklange mit den Grundsätzen, die nach B.G.B. §. 264 Abs. 2 bei Wahlschulden im Falle des Verzuges des wahlberechtigten Gläubigers gelten."

Oertmann, der, wenn auf Vornahme der Spezifikation geklagt ist, im Wege der Zwangsvollstreckung nach §. 887 C.P.O. das Spezifikationsrecht auf den Gläubiger übertragen will, schreibt[155]) (für das gemeine Recht): So „wird der Parallelismus mit den Alternativobligationen gewahrt, bei denen gleichfalls in der Exekutionsinstanz das Wahlrecht von einem Teil auf den andern übergeht." Unwillkürlich möchte man fortfahren: da nach B.G.B. das Wahlrecht ohne Vollstreckung gemäß §. 264, 2 übergeht, gilt das Gleiche auch für die Spezifikation.

Kohler[156]) nahm schon für das gemeine Recht nach Analogie der Regeln über die optio legata den Uebergang des Wahlrechts für das Wahlschuldverhältnis an und wollte von hier aus auch das Spezifikationsrecht übergehen

---

[154]) S. 193.

[155]) S. 226.

[156]) In Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 357. 363. Ebenso Dernburg Pandekten Bd. 2, §. 27 (für das A.L.R. Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 29) und Bernstein, der alternative Wille S. 73.

lassen. Der Hauptgrund hiergegen war, daß die herrschende Meinung den Uebergang des Wahlrechts nicht billige, daß also das Mittelglied jenes Schlusses nicht Stich halte[157]). Nach B.G.B. haben wir aber dieses Mittelglied im §. 264, 2 also — werden wir förmlich dazu gedrängt für das B.G.B. auch jenen weiteren Schluß auf den Uebergang des Spezifikationsrechts zu ziehen; und das H.G.B. zieht ihn wirklich!

Da liegt es doch nahe — wenn wir vielleicht auch eine regelrechte entsprechende Anwendung des §. 375 H.G.B. scheuen, — daß „hier wie so oft in früheren Zeiten das Handelsrecht als Pionier des Civilrechts die Führung übernimmt und jener Bestimmungsübergang" auch für dieses nutzbar gemacht werden kann. So Endemann[158]); selber thut er aber diesen Schritt nicht: „es bleibt abzuwarten, ob die Praxis" ihn thun wird.

Weiter gehen Szkolny und Caro[159]): sie wenden für den Fall, daß eine nach freiem Belieben zu treffende Bestimmung verzögert wird, ohne weiteres den §. 264, 2 entsprechend an. Diesen Weg scheinen sie als so selbstverständlich zu betrachten, daß sie auf jede nähere Begründung verzichten. Ihnen schließe ich mich — für den Spezifikationskauf — an. Völlig zwingend wird freilich die Reihe von Schlüssen, die ich zu dem Zwecke, eine ähnliche Regelung, wie sie der §. 375 H.G.B. giebt, jedenfalls aber den Übergang des Spezifikationsrechts auch für das B.G.B. zu gewinnen, notgedrungen machen muß, nicht sein, zumal da es sich um die Prüfung von Begriffen allgemeinster Bedeutung handelt, in grundlegenden Fragen aber eine Uebereinstimmung der Meinungen sich schwer erzielen läßt, aber

[157]) Z. B. Oertmann S. 218.
[158]) Endemann I S. 708 Anm. 15.
[159]) Zu §. 315.

es liegt hier eine Lücke im Gesetz vor, und diese irgendwie auszufüllen ist Aufgabe der Wissenschaft und Rechtsprechung, und wenn es nicht anders geht, so muß eben durch „gezwungene Auslegungen" geholfen werden[160]).

Wir hatten auf S. 25 f. gesehen, daß beim Spezifikationskauf innerhalb der vereinbarten Obergattung (Eisenblech) der Käufer das gekaufte Quantum auf einzelne genau bestimmte (drei — in unserm Beispiel) Untergattungen (Sorten) zu verteilen hat; und wir hatten uns dabei beruhigt, daß diese drei Sorten als eine selbständige Gattung zusammengefaßt zu denken sind.

Nun ist aber diese „Aftergattung" keine Gattung. Denn sie ist nicht eine Zusammenfassung von Sachen nach einem ihnen gemeinsamen, aber *nur ihnen* gemeinsamen Merkmal. Zwar sind jene drei Sorten alle „Eisenblech". Dieses Merkmal haben sie aber mit den übrigen — ich weiß nicht wievielen — Eisenblechsorten gemein. Und sollte es ein Merkmal geben, das nur diesen drei Sorten zukommt, so haben die Parteien sie nicht nach diesem Merkmal bezeichnet. Dem Gattungsschuldverhältnis ist aber grade die *Bezeichnung* mehrerer Sachen durch ein gemeinsames Merkmal wesentlich. Wo diese nicht vorliegt, haben wir auch keine „Gattung". Wenn die Parteien sich die Mühe machen, alle Sachen, die zu der Gattung „Tisch" gehören individuell zu bezeichnen und die Verbindung durch ein eingeschobenes „oder" herstellen, so liegt niemals eine Bezeichnung der Gattung nach vor.

Ein Gattungsschuldverhältnis liegt also nicht vor, die

---

[160]) A. M. Hirsch S. 167. Ebenso R.G. Bd. 30 S. 99: „Wenn auch Zweifel beständen, wie ein anerkanntes Recht zur Verwirklichung gelangen könne, so berechtigen solche Zweifel den Richter nicht zu einer rechtsergänzenden Judikatur".

Möglichkeit eines Wahlschuldverhältnisses haben wir auch ablehnen müssen. Lassen uns also die Rechtsbegriffe im Stich? Es giebt zwar noch einen „Mischbegriff“[161]), nämlich den der begrenzten Gattungsschuld, unter den man Fälle stellt wie diese: „eins meiner Bilder“, „ein Schaf dieser Herde“, „100 Sack von dem auf diesem Schiff befindlichen Kaffee“.

Selbst wenn aber unser Fall unter diesen Begriff gebracht werden könnte, wären wir um nichts gebessert. Denn wir wüßten dann zwar, daß weder ein Gattungs- noch ein Wahlschuldverhältnis, sondern ein „begrenztes Gattungsschuldverhältnis“ vorliegt. Aber sofort würde sich die neue Frage erheben: ist denn nun das begrenzte Gattungsschuldverhältnis als reines Gattungs- oder als Wahlschuldverhältnis zu behandeln?

Aber auch davon abgesehen, der Begriff der begrenzten Gattung läßt sich überhaupt nicht von dem jeder andern Gattung unterscheiden.

Wir hatten gesehen: welcher Art bei der Gattung das zusammenfassende Merkmal ist, macht keinen Unterschied, ebensowenig, ob die betreffende Zusammenfassung häufig angewendet wird oder nicht. Natürlich können auch mehrere ganz verschiedene Merkmale die Gattung bilden. Aus wievielen Merkmalen bestehen doch die scheinbar so einfachen Gattungen „Tisch“, „Rock“ u. s. w. Wenn ich nun sage „hölzerner Tisch“, „Pelzrock“, so habe ich zwei Gruppen von Merkmalen: Stoff und Form. Sage ich: „Hölzerner Gartentisch“: Stoff, Form und den Raum, in dem die Sache verwendet werden soll. Sage ich: „Hölzerner Japanischer Gartentisch“ so kommt der Ort der Herkunft hinzu.

[161]) Flatau, Über das Tragen der Gefahr beim Genuskauf; Diss. Breslau 1880. S. 9.

Daran dürfen wir uns also nicht stoßen, daß in der Bezeichnung „eins von den in diesem Zimmer befindlichen Gemälden", „eins meiner Pferde" zu der Gruppe von Merkmalen „Gemälde", „Pferd" das weitere Merkmal „in diesem Zimmer befindlich", „mir gehörig" hinzukommt[162]), diese „Begrenzung" ist genau derselben Art wie jede andere durch Angabe von zusammenfassenden Merkmalen gebildete Gattungsbezeichnung.

Auch daran darf man keinen Anstoß nehmen, daß in den Fällen der begrenzten Gattungen entweder zu üblichen Gattungsmerkmalen eine räumliche Bezeichnung hinzukommt, oder gar das alleinige Gattungsmerkmal bildet. Warum soll der Raum, in dem die Sache sich befindet oder in dem sie gewachsen ist (z. B. Java-Kaffee) nicht als Gattungsmerkmal verwendet werden können? Man darf doch nicht vergessen, daß in jeder Gattungsbezeichnung eine räumliche Begrenzung steckt: „Kaffee" bezeichnet natürlich nur den auf der Erde befindlichen oder gewachsenen Kaffee. Der Unterschied zwischen diesem Falle und dem einer begrenzten Gattung wie z. B. „der auf diesem Schiff befindliche Kaffee" ist nur der, daß der Raum: „Erde" größer ist, als der: „dieses Schiff". Dieser Umstand aber, daß in dem einen Falle ein weiterer, im andern ein engerer Kreis bezeichnet wird, ändert nichts daran, daß in beiden Fällen räumliche Begrenzungen gegeben sind, in dem einen

---

[162]) Goldschmidt §. 62 S. 553: „Zwischen dem Kaufe von „10 Zentner Maryland-Tabak fein gelb prima Ernte 1865 nach Probe" und von „10 Zentner Tabak" ist ein weiter Spielraum". Ähnlich Ihering Bd. 4 S. 405: „Der Begriff des genus ist ein ganz elastischer Begriff, dasselbe kann weit- oder enggegriffen sein, z. B. ein Ohm Wein — ein Ohm Rüdesheimer — Rüdesheimer 1857er — dies Stückfaß Rüdesheimer 1857er — eins von meinen Pferden".

Falle ist diese Begrenzung als selbstverständlich nicht erwähnt, in dem andern Falle ausdrücklich angegeben.

Vielleicht empfiehlt es sich, auf die Zwischenstufen zwischen beiden Räumen: „Erde" und „dieses Schiff" hinzuweisen. Wenn „Kaffee", d. h. „der auf der Erde gewachsene Kaffee" eine Gattung ist, weshalb ist „der in Asien gewachsene Kaffee" nicht auch eine Gattung? von unseren fünf Erdteilen ist Asien der größte. Wenn aber „asiatischer Kaffee" eine Gattung ist, dann gilt das Gleiche von der Bezeichnung: „chinesischer Kaffee" und auch wohl von der: „Java-Kaffee". Java ist recht groß, denken wir uns aber, die Insel wäre kleiner: vielleicht halb so groß: wäre „Java-Kaffee" nicht trotzdem eine Gattung? Und wenn wir die Insel immer kleiner werden lassen, zu einem winzigen Korallenriff, so bleibt die Bezeichnung „Java-Kaffee" immer noch eine Gattung. Nun stellen wir neben dieses Riff das Schiff, auf dem in unserem Beispiel der Kaffee sich befindet, wo bleibt der Unterschied zwischen beiden Fällen? Das Schiff kann doch doppelt so groß sein, wie jenes Inselchen, weshalb soll in dem einen Falle eine regelrechte, in dem andern Falle nur eine „begrenzte" Gattung vorliegen?

Regelsberger[163]) spricht vom räumlich begrenzten Genus und sagt: „Der Vorrat von Öl in einer 2 Pfund haltenden Flasche gehört nicht mehr dahin als der Ölvorrat in einer bestimmten Stadt oder in einem Lande" . . . ich fahre fort: in einem Erdteil und — wir haben nur fünf Erdteile — überhaupt auf der Erde. Von der „Gattung" Öl bis zu dem in einer einzigen Flasche eingeschlossenen Öl — führt ein jäh abschießender Weg, auf dem man

[163]) Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 49 S. 185. Vergl. auch Bekker S. 366.

nirgends festen Fuß fassen und eine Grenzscheide aufrichten kann.

Bei dem Beispiel „eins der in diesem Zimmer befindlichen Gemälde" kommt allerdings zu vorhandenen, uns geläufigen Gattungsmerkmalen ein anderes uns weniger geläufiges hinzu. In dem Beispiel dagegen: „eine der in diesem Zimmer befindlichen Sachen", haben wir nur ein uns nicht geläufiges Gattungsmerkmal. Aber auch hier sind mehrere Sachen nach einem ihnen allen und nur ihnen gemeinsamen Merkmal zusammengefaßt, es fehlt also zur Gattung nichts[164]). Die sogenannte begrenzte Gattung ist also als gewöhnliche Gattung zu behandeln[165]), der ganze Begriff ist demnach überflüssig und auch für uns wertlos.

Wir stehen hier vor dem Ergebnis, daß der Fall des Spezifikationskaufs in keinen unserer Begriffe paßt.

---

[164]) A. M. Zitelmann S. 513. Er unterscheidet Merkmale, nach denen „für gewöhnlich, der Regel nach, ein Gattungsbegriff gebildet wird" und andere „mehr zufällige". Beides aber sind Merkmale und das genügt. Überdies wäre die Unterscheidung Zitelmanns praktisch nicht durchzuführen. Was heißt „mehr zufällig"? Vergl. auch S. 72 ff.

[165]) R.O.H.G. Bd. 24 S. 30 ff. behandelt eine Herde von 150 Hammeln als Gattung. Vergl. R.G. Bd. 28 Nr. 50. Dernburg, Pandekten II S. 75 Pr. Pr.-R. II §. 28 S. 66 betrachtet das begrenzte Gattungsschuldverhältnis als besondere Art des Speziesschuldverhältnisses. Nach Savigny, Obligationenrecht I §. 38, 9 ist das Vermächtnis der im Nachlaß befindlichen Sklaven ein Wahlvermächtnis; ebenso nach Strohal, Das deutsche Erbrecht, S. 146, „wenn sich im Nachlaß 2 Pferde befinden und eins derselben vermacht ist." Ganz abweichend: Bechmann, System des Kaufs S. 325 ff. Wie hier: Regelsberger im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 S. 185. Ihering S. 405. Windscheid §. 255 Anm. 17. Eck: „Gegenstand des Vertrages ist . . . . ein ununterschiedenes Stück einer durch gemeinsame Merkmale bestimmten Klasse". Karlowa S. 433. Bekker S. 364 f. Über die herrschende Meinung vergl. Anm. 182.

Andererseits ist es — auch ohne die gesetzliche Bestimmung des §. 375 H.G.B. — klar, daß wir dem Spezifikationskauf die verbindliche Kraft nicht versagen dürfen, was also thun?

Wir wollen zunächst den Gegensatz zwischen Wahl- und Gattungsschuldverhältnis näher prüfen. Vielleicht ergiebt sich hierbei irgendwo ein Weg, auf dem wir weiter kommen können.

Oertmann[166]) faßt diesen Gegensatz so: „Bei der alternativen wird geschildert das eine oder das andere Objekt — aut servus Stichus aut decem — also zwei wenigstens möglicherweise, vielleicht in der Regel grundverschiedene Gegenstände, die in dem vorhandenen obligatorischen Verhältnisse jedenfalls im Gegensatz stehen .... Eine Zurückführung der beiden Objekte auf ein genus proximum wird sich bei der Alternativobligation oft nicht oder doch nicht so ohne weiteres vornehmen lassen."

Dieser Meinung liegt die Vorstellung zu Grunde — um es im Beispiel auszudrücken, daß Tisch und Stuhl nicht derselben Gattung angehören, also nur den Gegenstand eines Wahlschuldverhältnisses bilden können.

Hiergegen ist zu sagen:

1. Es können auch Sachen derselben Gattung wahlweise bezeichnet werden: „Dieser Tisch oder jener Tisch". Richtiger sagt daher Bekker[167]): „Die alternative Obligation kann ungleichartigen Inhalt umschließen, die generische nur gleichartigen." Aber auch gegen ihn richten sich die folgenden Erwägungen:

2. Es ist allgemein anerkannt, daß die Parteien, wie man sich stets ausdrückt, „die Gattung beliebig weit fassen können", mit anderen Worten, daß die Parteien

[166]) S. 211.

[167]) S. 363.

nicht auf die aller Welt bekannten Gattungen angewiesen sind, sondern daß es ihnen freisteht, neue Gattungen zu erfinden. Es ist also sehr leicht möglich, daß sie für ihre besonderen Zwecke Sachen, die zwar nach der Verkehrsauffassung nichts mit einander zu thun haben, die aber alle ein bestimmtes Merkmal gemeinsam haben, auf das es den Parteien grade ankommt, zu einer Gattung zusammenfassen.

Was hindert z. B. die Zollbehörden, in ihren Tarifen Tisch und Stuhl als „Holzwaren" zusammenzufassen und nach dem Gewicht zu verzollen? Sofort stehen Tisch und Stuhl „in derselben Gattung". Oder denken wir daran, daß der Naturforscher Pflanzen, die auf den ersten Blick kein einziges Merkmal gemeinsam haben, deshalb zusammenfaßt, weil sie alle so und soviel Staubfäden haben. Wem würden wohl ohne besonderen Hinweis diese kleinen Glieder überhaupt aufgefallen sein, wer würde darauf kommen, nach diesem winzigen Merkmal die Pflanzenwelt in Klassen oder Gattungen einzuteilen?

Es ist also unmöglich zu sagen, zwei Sachen lassen sich nicht unter dieselbe Gattung bringen: irgend ein findiger Kopf kann doch an ihnen ein gemeinsames Merkmal entdecken und dann stehen sie „unter einer Gattung" [168]).

Vor allen Dingen aber geben uns die „begrenzten Gattungen" alltägliche Beispiele von Zusammenfassungen der verschiedensten Sachen: was für Sachen können zu dem Begriff: „die in diesem Zimmer befindlichen Sachen" gehören. Ich stelle z. B. einzelne Möbel, Tisch, Stuhl, Bank u. s. w., die ausgebessert werden sollen, bei Seite, in die Remise, und schreibe dem Tischler: er solle „die in

[168]) Ob diese Gattung vom Verkehre aufgenommen wird, ist gleichgiltig; auch wenn sie nur in einem einzigen Rechtsgeschäft verwendet wird, ist sie rechtlich bedeutsam.

der Remise für ihn bereitstehenden Sachen" zur Ausbesserung abholen; ich gehe durch ein Lager der verschiedensten Waren und mache an die, die mir gefallen, einen Kreidestrich: auf so einfache Weise kann man jeden Augenblick neue Gattungen bilden. Ein Staatsmann wird von einem Fanatiker ermordet, das Blut benetzt Tisch, Stuhl, Kleider, Degen, Schärpe, Hut, Manschetten u. s. w. des Ermordeten; seine Verehrer wünschen diese Andenken zu erwerben und kaufen vom Kammerdiener „eine der Sachen, an denen noch das Blut des N. N. zu sehen ist": so hat der Staatsmann, sein Blut verspritzend, noch im Tode der staunenden Nachwelt eine neue Gattung geschenkt.

In anderer Weise sucht Kohler[169]) den Gegensatz zwischen Wahl- und Gattungsschuldverhältnis festzulegen: es sei zu unterscheiden, „ob es den Parteien um eine eigentliche Wahl oder um ein bloßes Herausgreifen zu thun war . . . . Man betrachte folgende Fälle: mein Freund soll sechs Bilder aus meiner Sammlung haben. Hier alternative Obligation trotz des Ausdrucks. Dagegen: mein Freund soll zwanzig von meinen Flaschen Burgunderwein haben: generische Obligation. Im ersteren Falle handelt es sich um ein qualitatives Diszernieren, im andern Falle um ein bloßes individuales Konzentrieren, wobei die qualitative Berücksichtigung der Individuen zwar nicht ausgeschlossen ist, aber eine untergeordnete Rolle spielt . . ."

Um einen Fachausdruck zu verwenden: Kohler stellt darauf ab, ob die zusammengefaßten Sachen vertretbar sind oder nicht[170]). Das B.G.B. §. 91 sagt: bewegliche Sachen sind vertretbar, wenn sie „im Verkehre nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen".

[169]) Iherings Jahrbücher Bd. 17 S. 390 ff.

[170]) Ebenso Bernstein in der Ztschr. für vergl. Rechtswissensch. Bd. 2 S. 438.

Pferde sind hiernach nicht vertretbar, und doch werden sie häufig nur der Gattung nach bestimmt: der Staat kauft für Militärzwecke so und soviel Pferde, ebenso große Pferdebahngesellschaften. Nur Rasse und Alter wird angegeben. Solche Käufe kommen jeden Tag vor. Was also im Verkehr „üblich" ist, ist schwer zu sagen, man wünscht einen näheren Anhalt.

Vertretbare Sachen sind solche, die durch einander vertretbar, ersetzbar[171]) sind. Weshalb aber kann eine Sache die andere vertreten? Keine Sache ist der andern genau gleich. Aber gegen die feinen und feinsten Unterschiede ist der Mensch gleichgiltig, gewisse Sachen sind ihm trotz ihrer Unterschiede gleichwertig[172]), es macht ihm nichts aus, ob er die eine oder die andere bekommt: welche Wendungen man auch wählen mag, der Gedanke bleibt derselbe: vertretbar sind die Sachen, deren Wert gleich ist.

Was aber heißt Wert? Ich stelle die Vertreter der herrschenden Meinung vor die Frage: ist der Verkehrswert, der Tauschwert der Sachen gemeint, der Wert, den uns der allgemeine Wertmesser: das Geld, angiebt, den man demnach ruhig als einen objektiven bezeichnen kann?

Oder ist gemeint die subjektive Wertung des einzelnen, die von jenem objektiven Wert unabhängig ist (vergl. z. B. Familienbilder)[173]), der sogar der allgemeine Wertmesser

---

[171]) Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B., zu §. 91 Anm. 1.

[172]) So ausdrücklich Hasenöhrl Bd. 1 S. 202.

[173]) Kohler S. 390 f. spricht von der bei der generischen Obligation vorhandenen „Gleichartigkeit der Objekte, die gewissermaßen unter einen und denselben Nenner gebracht werden (sei es nach allgemeiner Lebensanschauung, sei es nach subjektivem Belieben)". Beides ist aber unabhängig von einander, steht sogar oft im Gegensatz, ist daher wie oben zu scheiden.

selbst unterworfen ist: man braucht nicht einmal an das „blanke Zwanzigmarkstück" zu denken, an Geldstücke aus der kurzen Regierung Kaiser Friedrichs u. s. w., sondern man vergleiche nur den Thaler in der Tasche des Tagelöhners und in der des Bankiers.

Lautet die Antwort: „wir meinen den ersten", so sind durch einander vertretbar alle Sachen, deren Preis gleich ist[174]).

Lautet sie: „— den zweiten", nun, so ist der Begriff der Vertretbarkeit nichts Objektives[175]), „durch die Sachen selbst Gegebenes", sondern genau so „subjektiv", als den Parteien die Bezeichnung der Gattung nach frei steht. Die bloße Wendung „eine Sache ist vertretbar" giebt nach dieser Auffassung keinen Sinn, wir fragen vielmehr: „für wen unter welchen (ganz zufälligen!) Umständen vertretbar?"

Mag die Antwort lauten wie sie will, in jedem Falle ist es zu bedauern, daß das B.G.B. an den angeblichen Unterschied der Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit einer Sache rechtliche Folgen geknüpft hat. Die Protokolle stellen sich auf den zweiten Standpunkt: „Es müsse zugegeben werden, daß es im einzelnen Falle zweifelhaft erscheinen könne, ob es sich um vertretbare Sachen handle oder nicht; allein diese Schwierigkeit müsse überwunden werden, da die Rechtsprechung nicht verkennen werde, daß es den Parteien unbenommen sei, eine Sache, die im gwöhnlichen Verkehr als vertretbar gelte, in ihrem Vertragsverhältnis als nicht vertretbar zu behandeln"[176]).

---

[174]) Savigny, System Bd. 6 §. 268 Anm. b., wendet sich nur gegen das Wort „vertretbar", nicht gegen den Begriff.

[175]) Ihering S. 400.

[176]) Bd. 2 S. 339. Diesen Ausführungen muß vom Standpunkt der herrschenden Meinung entgegengehalten werden, daß die Vertretbarkeit eine „objektive" Eigenschaft ist, die der

Die subjektive Wertung der Parteien wird erkennbar für Dritte bei Gattungsschuldverhältnissen: dadurch nämlich, daß die Parteien eine oder mehrere Sachen nur der Gattung nach bezeichnen, sprechen sie aus, daß ihnen für ihre augenblicklichen Zwecke alle Unterschiede unter den zu der betreffenden Gattung gehörigen Sachen gleichgiltig sind. Kauft der Staat 1000 Pferde norddeutscher Rasse, 3 bis 6 Jahre alt, militärtauglich, so sagt er hierdurch, daß es ihm nicht darauf ankomme, ob die einen Pferde 500 Mk., die andern 510 oder 520 Mk., „wert" sind. Ebenso: verrät uns jemand, der schön eingebundene Bücher kauft, deren Rücken eine Fläche von so und soviel Quadratmeter decken oder die ein Regal von den und den Maßen füllen, daß ihm das, was in den Büchern geschrieben steht, gleichgültig ist, etwa weil er die Bibliothek zu Theaterzwecken braucht. Ihm ist ein Buch soviel „wert" wie das andere.

Demnach ist das Verhältnis der Begriffe von „Vertretbarkeit" — in dem bezeichneten völlig subjektiven Sinn — und „Bestimmtheit der Gattung nach" das eines notwendigen Zusammenhanges[177]), und zwar eines ursächlichen Zusammenhanges: daß den Parteien die den Gattungsmerkmalen entsprechenden Sachen „vertretbar" sind, ist der Beweggrund dafür, daß sie sich damit begnügen, in ihrem Vertrage nur jene Gattungsmerkmale anzugeben (durch Nennung des aus ihnen gebildeten Gattungsbegriffs).

So stimmt im Grunde genommen Kohlers Unterscheidungsmerkmal mit dem von Oertmann angegebenen überein: dieselben Gründe lassen sich also auch hier ver-

„subjektiven Willkür entrückt" ist. Regelsberger, Pandekten S. 379; vergl. auch Regelsberger mit Rücksicht auf das Züricher Gesetzbuch im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 49 S. 213. 215.

[177]) Wächter, Pandekten Bd. 1 S. 288, und Wendt, Pandekten S. 71 unterscheiden beide Begriffe überhaupt nicht.

wenden. Grade so wie die Parteien im Einzelfall eine Gattungsbezeichnung wählen können, die im Verkehr sonst nicht vorkommt, so kann auch ihr subjektives Werturteil von dem abweichen, das der Verkehr durch seinen allgemeinen Wertmesser, das Geld, ausspricht.

Woher aber soll der Richter wissen, welchen „Wert" eine Sache für einen bestimmten einzelnen unter bestimmten Verhältnissen hat? Wie können wir von diesem „Merkmal" einen Unterschied in der rechtlichen Behandlung abhängig machen?

Endemann[178]) schreibt: „Die Gattungsobligation beruht auf ganz anderer Grundlage als die Alternativobligation". Diese Wendung kehrt oft in der Litteratur wieder, aber was besagt sie eigentlich? Gewiß sind beide verschieden, aber wenn es gilt, eine offenbare Lücke im Gesetze auszufüllen, so kann gegenüber einer für die betreffende Frage zu brauchbaren Ergebnissen führenden Analogie nur geltend gemacht werden: daß die und die sonstigen Folgerungen aus dem Analogieschluß praktisch unhaltbar sind. Es genügt nicht der einfache Hinweis darauf, daß die beiden Verhältnisse „ihrem inneren Wesen nach" verschieden sind.

Endemann giebt uns aber weitere Ausführungen: „Bei der alternativen Schuld sind zwei abgeschlossene, meist individuell bezeichnete Leistungsobjekte von Anfang an vorhanden, zwischen ihnen findet eine Wahl statt; während bei der Gattungsschuld aus der Gesamtheit einer Quantität ein Teil ausgeschieden wird. . . . . Und ferner wird bei der alternativen Obligation durch die Wahl die einzelne Schuldverpflichtung konkretisiert; bei der Gattungsschuld aber wird nur das Erfüllungs-

[178]) Bd. 1 S. 515 Anm. 13 und vorher Anm. 3.

objekt und erst bei der Erfüllung individuell bestimmt“ [179]).

Für die Frage, wie wir im einzelnen Falle Wahl- und Gattungsschuldverhältnis unterscheiden, gewinnen wir aus Endemanns Ausführungen keinen Anhalt: aus einer Herde von 50 Hammeln soll sich der Käufer 2 Stück aussuchen; wird hier „ausgeschieden aus“ der Herde oder „gewählt zwischen“ den einzelnen Hammeln? Wird hier die „Schuldverpflichtung konkretisiert“ oder das „Erfüllungsobjekt individuell bestimmt?“ Das Gleiche gilt für die von Stintzing (vgl. Anm. 179) und auch für die von Karlowa S. 430, 432 gegebene Begriffsbestimmung.

Kuhlenbeck sagt: [180]) „Bei der alternativen Obligation sind von vornherein mehrere, mindestens 2 Objekte in obligatione; während bei der generischen vor der Erfüllung noch garkein bestimmter Gegenstand der Obligation existiert, ist bei der Wahlobligation der Schuldner bereits festgebunden, doch besteht bezüglich der Leistung noch ein gewisser Spielraum“. Begriffsbestimmungen, in denen das Wort „ein gewisser“ vorkommt, entziehen sich jeder Prüfung.

Zitelmann [181]) schreibt: „Stelle ich alle zum genus gehörigen Individuen als solche vor, bezeichne sie jedoch nicht individuell, sondern nach Gattungsmerkmalen, so ist „die generische Bezeichnung nur eine Abkürzung der alternativen“ [182]).

---

[179]) Ähnlich schon Stintzing in Iherings Jahrbüchern Bd. 10 S. 180.

[180]) Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 2 S. 22.

[181]) S. 510.

[182]) Vergl. Windscheid §. 255 Anm. 17. Ähnlich auch die herrschende Meinung. So sagen die Motive II S. 7 bei der Frage, wann das begrenzte Gattungsschuldverhältnis als Wahl- oder als

Gegen diese Auffassung des Gegensatzes ist wissenschaftlich nichts einzuwenden, sie giebt aber keine Handhabe für die Praxis.

Wenn jemand sagt: „meine drei Pferde", so hat er eine „konkrete Vorstellung der Individuen". Hat er sie auch noch, wenn es sich handelt um 10, 20, 40 Pferde?

Umgekehrt bei 1000 Pferden hat niemand mehr eine konkrete Vorstellung der Individuen, hat man sie aber vielleicht bei 500, 250, 100, 75?

Nun will es das Unglück, daß im Vertrage steht: der Käufer soll aus dem Stalle des Verkäufers 10 Pferde aussuchen und der Verkäufer hat 60 Stück. Nehmen wir hier eine konkrete Vorstellung an oder nicht?[183]) Wenn nein! dann vielleicht bei 55, 50, 45?

Bei weniger wertvollen, auch bei weniger großen Tieren reicht die konkrete Vorstellung nicht so weit: es handele sich um 20, 30, 40 Kühe, Hammel oder Hunde; um 10, 20, 30 Kaninchen, Hühner, Tauben oder Kanarienvögel u. s. w. Wo hört in den einzelnen Fällen die konkrete Vorstellung auf?

Es ist ferner zu bedenken, daß das Unterscheidungsvermögen bei verschiedenen Menschen verschieden ist, der Pferdekenner wird an zwei Tieren unzählige Unterschiede sehen, die dem Laien verborgen bleiben. Woher aber soll

---

reines Gattungsschuldverhältnis zu behandeln ist: Es kommt darauf an, „ob im gegebenen Falle von den Beteiligten das Gewicht auf die in der näher bezeichneten Menge u. s. w. begriffenen Individuen gelegt worden ist, oder die Beschränkung auf die bestimmte Menge u. s. w. nur die Bestimmung einer besonderen Gattung bezweckte." So auch Planck zu §. 243 Anm. 2. Berndorff S. 13 ff. Hafer S. 21 ff. Etwas anders Staudinger zu §. 243 Anm. 3.

[183]) Eine ähnliche Beweisführung finde ich bei Hasenöhrl Bd. 1 §. 15 Anm. 3. a. E.

der Richter wissen, wieviel Pferdekenntnis jemand beim Vertragsschluß gehabt hat, um dann durch einen Sachverständigen festzustellen, bis zu welcher Zahl von Pferden ein so und so guter Pferdekenner eine „konkrete Vorstellung der Individuen" haben kann?

Außerdem: zu einem Vertrage gehören zwei Parteien. Wenn nun ein Laie ein Pferd von einem erfahrenen Händler kauft, wessen „konkrete Vorstellung" soll entscheiden?

Endlich läßt Zitelmann nicht die Unterscheidungsfähigkeit oder -möglichkeit entscheiden, sondern er sagt: „Wenn auch die von mir angegebenen Merkmale sich bei so wenigen Individuen vereinigt finden, daß ich jedes einzelne Individuum mir hätte einzeln vorstellen können, so liegt doch, falls ich eben die sämtlichen Individuen nicht als solche vorgestellt habe, generische Absicht vor."

Ob die Parteien im einzelnen Falle die Individuen hätten vorstellen können, darüber läßt sich noch verhandeln, aber ob die Parteien sie auch vorgestellt haben, wer soll das wissen?

Eine feste Grenze zwischen Wahl- und Gattungsschuldverhältnis kann man nur ziehen, wenn man mit Ihering die Entscheidung lediglich nach der gewählten Bezeichnungsweise fällt. Zwar können die Parteien nach Belieben statt die Sachen der Gattung nach zu bezeichnen, sie nach ihren einzelnen Merkmalen festlegen und zwischen diesen Einzelsachen die Wahl lassen. (Dies wird natürlich nur dann vorkommen, wenn die Zahl der zu bezeichnenden Sachen klein ist). Aber so willkürlich die Wahl der Bezeichnungsweise ist, ist einmal eine Bezeichnung gewählt, so ist sie für jeden Dritten unfehlbar zu erkennen.

Auf beide Weisen wird eine Summe gebildet, aus der eine Partei einzelne Sachen auswählen soll: das eine

Mal durch Angabe der einzelnen Summanden, das andere Mal durch Angabe eines Merkmals, das allen Summanden, und nur ihnen, gemeinsam ist[184]). So kommen wir in der That zu Iherings Beispiel: „Dem Testator steht es z. B. frei, zu sagen: ich legiere das Pferd A, B oder C, oder eins von meinen drei Pferden, dort hat er eine species, hier ein genus legiert."

Sofort wird man einwenden: die zufällige Wahl der Bezeichnung kann doch keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung begründen. Diesen Einwand kann man — im Interesse des Spezifikationskaufs — nicht nachdrücklich genug hervorheben.

Gewiß darf man daraus, daß beide Bezeichnungsweisen z. B. in Iherings Beispiel gleich zweckmäßig sind, nicht den Schluß ziehen, daß sie „in einander übergehen"[185]). Zwei Bezeichnungsweisen bleiben scharf geschieden, auch wenn man sie zur Festlegung derselben Dinge verwenden kann. Wohl aber muß man den Schluß ziehen, daß es für den Gesetzgeber nicht ratsam ist, wegen der verschiedenen Art der Bezeichnung auch die bezeichneten Dinge verschieden zu behandeln. Denn sonst würden in den Fällen, in denen beide Bezeichnungsweisen gleich bequem sind, dieselben Sachen eine verschiedene rechtliche Behandlung erfahren, je nach dem die eine oder die andere — Bezeichnung gewählt wird. Dies aber ist Zufall[186]).

Diesem Ergebnis hat man durch die Aufstellung eines

---

[184]) Goose, zur Lehre vom casus in Iherings Jahrbüchern Bd. 9 S. 213: „hier konkrete, dort abstrakte Beschreibung". Gemeint ist wohl dasselbe wie oben.

[185]) Eccius, Preuß. Priv.-R. Bd. 1 S. 384 Anm.

[186]) Hinzuzufügen ist noch, daß auch Iherings Merkmal versagt, wenn die Parteien nur mündlich verhandelt haben und sich der gewählten Bezeichnung nicht mehr erinnern.

neuen Begriffs der begrenzten Gattung zu entgehen versucht. Wäre dieser Weg gangbar, so würde allerdings eine scharfe Abgrenzung von Wahl- und Gattungsschuldverhältnis vermieden werden und in Zweifelsfällen das freie Ermessen des Richters die Entscheidung zu treffen haben. Dieser Ausweg scheitert daran, daß sich die begrenzte Gattung von der gewöhnlichen Gattung im Rechtssinne nicht unterscheidet[187]).

Der andere Ausweg, von der Bezeichnung abzusehen und auf innere Vorgänge im Geiste der Parteien abzustellen, scheitert an der praktischen Undurchführbarkeit.

So bleibt uns nichts weiter übrig, als von der gewohnten Anschauung abzulassen, daß Wahl- und Gattungsschuldverhältnis — ihre Verschiedenheit leugnet niemand — verschieden behandelt werden müssen, und sich zu der entgegengesetzten zu bekehren: daß beide grundsätzlich gleich behandelt zu werden verdienen, es sei denn, daß zwingende Gründe ein anderes gebieten.

Ist dies Ergebnis denn wirklich so neu und ungewohnt? Ich glaube nicht. Z. B. sagt Windscheid gegenüber Ihering, der die Beschränkung des Wahlschuldverhältnisses durch die Erklärung der Wahl annimmt: „Ihering hat sich die Frage nicht vorgelegt, ob die Erklärung des wahlberechtigten Schuldners wie bindend, so auch berechtigend für ihn sei, so daß er durch eine in Betreff des gewählten Leistungsinhalts eintretende schuldlose Unmöglichkeit befreit werde: ich weiß nicht, ob ihm nicht, wenn er dies gethan hätte, Zweifel an der Haltbarkeit seiner Meinung aufgestiegen sein würden. Wenigstens weist er bei

[187]) Überdies versagt er auch in den — allerdings seltenen — Fällen, daß die „gewöhnliche" Gattung nur sehr wenige Einzelsachen umfaßt. Dies ist z. B. der Fall bei alten Briefmarken Münzen, überhaupt bei sog. „Raritäten".

generischen Obligationen den Übergang der Gefahr auf den Gläubiger durch bloße Erklärung des Schuldners mit großer Entschiedenheit zurück". Kann man noch einen deutlicheren Beweis dafür verlangen, daß die übereinstimmende Behandlung beider Verhältnisse unwillkürlich als das Natürliche und Angemessene erscheint?

Genau so Eck. Er spricht von der andern Frage, ob beim Gattungskauf das „Wahlrecht" durch einseitige Erklärung erlischt und sagt: „Man wird diese Frage wie bei der alternativen Obligation so auch hier (wo durch die Wahl die Rechtsstellung der Parteien noch stärker verändert wird), verneinen müssen."

Ebenso auch Regelsberger[188]): „Die herrschende Meinung geht dahin, daß die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten keinen Aufbrauch des Wahlrechts enthalte. . . . Man stellt allerdings meistens diese Behauptung zunächst nur für alternative Obligationen auf: wegen Gleichheit des Grundes muß dasselbe für generische Obligationen gelten. . . . Ich habe mich nie von der Richtigkeit dieser Meinung überzeugen können und halte das strenge Gericht, das Ihering[189]) darüber hat ergehen lassen, für vollkommen gerechtfertigt". Er nimmt also für das Wahlschuldverhältnis die beschränkende Wirkung der Wahlerklärung an, und genau entsprechend vertritt er für den Gattungskauf die Ausscheidungstheorie[190]).

Hofmann[191]) giebt auf die Frage nach dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs keine Antwort, sondern sagt: der Käufer trägt die Gefahr von der Konzentration des Schuld-

---

[188]) Im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 49 S. 208.

[189]) In seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 31 ff.

[190]) Mit Maßgaben, die er auf S. 212 zusammenfaßt.

[191]) Über das Periculum beim Kaufe S. 129. Vergl. Windscheid §. 390 Anm. 8 a. E.

verhältnisses an. Und diese erfolgt, „wenn, wie regelmäßig, der Verkäufer jede kontraktmäßige Ware liefern durfte nach eigener Auswahl, durch Konsumtion seines Wahlrechts", d. h. Hofmann wendet auf das Gattungs- die Regeln des Wahlschuldverhältnisses an.

Eccius[192]) schreibt: Wahl- und Gattungsobligation „berühren sich sehr nahe", sie „gehen in einander über"[193]).

Ausgesprochene Zweifel an der Berechtigung des Gegensatzes beider finde ich z. B. bei Bekker[194]): „Möglich, daß innere Gründe dafür sich anführen ließen, den Unterschied zwischen alternativen und generischen Obligationen überhaupt zu verringern (aber unter Beibehaltung der traditionellen Bedeutung dieser Unterscheidung einen Theil der gewöhnlich als generisch angenommenen Obligationen von den übrigen abzuscheiden und zu den alternativen Obligationen hinüberzustellen, dafür dürften „innere Gründe" kaum sich entdecken lassen)"[195]).

Ebenso bei Leonhard[196]). Er spricht von der beschränkenden Wirkung der Wahl im §. 263. Ihm scheint diese Bestimmung zu weit zu gehen. Er will der Wahlerklärung nur eine verpflichtende, nicht auch berechtigende Wirkung für den Wahlberechtigten beilegen. „Zur Unterstützung dieser Auslegung" beruft er sich auf — §. 243, „wo ein ganz ähnlicher Ausdruck gewählt und dennoch eine einschränkende Auslegung notwendig ist. . . . . Über-

---

[192]) Pr. Pr.-R. Bd. 1 S. 384.

[193]) Über letztere Wendung vergl. oben S. 82.

[194]) S. 365.

[195]) Der eingeklammerte Satz gehört in einen anderen Zusammenhang. Ich habe ihn nur aufgenommen, um über die Bedeutung jenes „aber" kein Mißverständnis aufkommen zu lassen.

[196]) Die Wahl bei der Wahlschuld in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 28.

haupt unterscheiden sich beide meiner Ansicht nach nur durch die Art, auf die die Unbestimmtheit der Leistung abgegrenzt wird, so daß es auch Übergänge zwischen beiden Schuldarten giebt". Nachdem er dann seine Gründe für eine einschränkende Auslegung des §. 243 dargethan hat, fährt er fort: „Ist nun eine ähnliche Einschränkung auch gegenüber §. 263 zulässig? Ich hege Bedenken, diese Frage bestimmt zu bejahen. Allerdings spricht die Analogie von §. 243 erheblich dafür. . . . . Es erscheint mir nicht unmöglich, daß die Praxis sich außer Stande sehen wird, mit der wörtlichen Anwendung des §. 263 auszukommen."

In den Punkten freilich, die das B.G.B. für beide Verhältnisse abweichend geregelt hat, muß man die Gesetzesbestimmungen hinnehmen und in irgend einer Weise einen Unterschied zwischen Wahl- und Gattungsschuldverhältnis machen müssen.

So beschränkt sich das Wahlschuldverhältnis nach B.G.B. schon durch die Erklärung der Wahl, das Gattungsschuldverhältnis erst dann, wenn „der Schuldner das zur Leistung seinerseits Erforderliche gethan hat". Aber grade diesen Unterschied der Behandlung kann man am leichtesten verteidigen, da er auf dem wirklich vorhandenen Unterschied beider Verhältnisse beruht. Denn wenn nur die Gattungsmerkmale angegeben sind, ist es schwer, die Einzelsachen so zu kennzeichnen, daß ein Abwesender sie erkennen kann; im Gegensatz dazu sind die zur Wahl gestellten Sachen schon im Vertrage als Einzelsachen festgelegt, sie können also auch leichter bezeichnet werden. Daher entfallen hier all die Schwierigkeiten, „das Wie? der Ausscheidung" betreffend, die Ihering[197]) für die Ausscheidungs-

[197]) Bd. 4 S. 387.

theorie beim Gattungskauf nachweist. Die bezüglich des „Wann? der Ausscheidung" bleiben aber bestehen, hierüber hat sich auch schon lebhafter Streit erhoben[198]).

Für die beschränkende Wirkung der erklärten Wahl ist Ihering sehr lebhaft eingetreten[199]): „. . . . Man nehme an, ein Testator habe jemandem das Haus des H oder ein Kapital von 10 000 Thalern vermacht, und der Legatar erklärt dem Erben, er wünsche das Haus. Letzterer kauft dasselbe von H für einen hohen Preis, wie er es aber dem Legatar offeriert, nimmt jener die Wahl zurück"[200]).

Das ist aber nach B.G.B. weder für das Wahl- noch für das Gattungsschuldverhältnis der Fall. Denn wir haben auf S. 24, 25 gesehen, daß, sowie der ausscheidungsberechtigte Gläubiger ausgeschieden hat, ein Einzelschuldverhältnis vorliegt.

„Oder aber", fährt Ihering fort, „der Schuldner hatte die Wahl zu treffen, und es handelt sich um die Leistung einer Geldsumme oder einer bedeutenden Warenlieferung. Er entscheidet sich nun für Letzteres, und der Gläubiger trifft inzwischen Anstalten zur Entgegennahme der Waren, schließt Kontrakte ab über den Transport, den weiteren Verkauf u. s. w. und schließlich sollte der Schuldner sein Wort zurücknehmen können? . . . . ein . . tolles Resultat."

Dasselbe Resultat ergiebt sich aber nach Iherings Lieferungstheorie auch für den Gattungskauf. Sollte man hiergegen wieder den Einwand machen, daß die einzelnen Sachen der Gattung „gleichartig" sind, während es die zur Wahl gestellten Sachen nicht zu sein brauchen, so ist zu antworten, daß Ihering selber dem Begriff „Gattung"

---

[198]) Leonhard in Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 1 ff.

[199]) Bd. 1 S. 32.

[200]) Windscheid § 255 Anm. 9 am Ende giebt dem Erben einen Anspruch auf das negative Interesse.

eine so weite Auslegung gegeben hat, daß er auch die „ungleichartigsten" Sachen umfassen kann.

Es sprechen also Gründe für und wider die beschränkende Wirkung der Wahl beziehungsweise der Ausscheidung[201]). Jedenfalls aber muß man sich bei der Regelung des B.G.B. beruhigen.

Hat denn nicht das B.G.B. ausdrücklich den Unterschied von Wahl- und Gattungsschuldverhältnis festgelegt? §. 243 spricht davon, daß „eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet wird". §. 262 sagt dagegen: „Werden mehrere Leistungen in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist"[202]).

Es ist zu bedauern, daß das B.G.B. die Ausdrucksweise: „mehrere Leistungen in obligatione, eine in solutione" angenommen hat[203]). Denn durch diese Ausdrucksweise hat sich der Jurist nur die bei dem Wahlschuldverhältnis vorhandene Unbestimmtheit nach seinen Begriffen erklären wollen. Weshalb soll man sich nicht auch für das Gattungsschuldverhältnis dieselbe Vorstellung machen: sämtliche den Gattungsmerkmalen entsprechende Leistungen sind geschuldet, nur eine (oder so und soviele) ist zu bewirken? Von der Ausdrucksweise des Gesetzes abgesehen, liegt kein Grund vor, diese Frage zu verneinen.

Doch: das römische Recht steht dem entgegen: l. 72 §. 4 D. de solut. 46, 3. Der römische Jurist Marcellus sagt nämlich: Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit.

---

[201]) Vergl. Windscheid §. 255 Anm. 9.

[202]) Protokolle Bd. 1 S. 285 Nr. 44. Dies ist die herrschende Meinung, auch im gemeinen Recht.

[203]) Pescatore, die sogenannte alternative Obligation S. 16: „Die Regel duae res in obligatione, una in solutione, ist völlig wertlos."

liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse nec obligatio nec solutio: sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum ex his, qui tunc stipulatoris servi erant, dando promissor liberatur. Man muß selbstverständlich dem Marcellus in diesen Ausführungen Recht geben. Man darf aber nicht vergessen, daß Marcellus eine Aussage *über* das Wahl- und das Gattungsschuldverhältnis macht; ob es sich empfiehlt, den von ihm hervorgehobenen Unterschied als *Begriffsmerkmal* aufzustellen, ist eine andere Frage. Marcellus macht nämlich folgende rein thatsächliche Beobachtung:

Auch wenn man den Gegensatz zwischen Wahl- und Gattungsschuldverhältnis lediglich in die Bezeichnung setzt, so ist doch soviel sicher, daß die Parteien immer dann, wenn sie mehrere Sachen zur Wahl stellen, eine konkrete Vorstellung der Einzelsachen haben. So wenig ich Zitelmann darin beitreten kann, wenn er das Vorhanden- oder Nichtvorhandensein dieser konkreten Vorstellung zum Begriffsmerkmal erheben will, so richtig ist seine *Aussage über* das Wahlschuldverhältnis, daß bei ihm die Parteien die konkrete Vorstellung der Einzelsachen haben.

Haben aber die Parteien eine konkrete Vorstellung z. B. der Sklaven, aus deren Zahl einer gekauft werden soll, so ist es aus thatsächlichen Gründen ausgeschlossen, daß sich in dieser Zahl ein dem Käufer schon gehörender Sklave befindet. Denn niemand wird: „entweder den Stichus oder den Pamphilus" kaufen, wenn der Pamphilus schon sein Eigentum ist.

Diese *rein thatsächliche Beobachtung über* das Wahlschuldverhältnis hat Marcellus in jener Pandektenstelle ausgesprochen. Diesen Unterschied hat man nun in die Begriffsbestimmungen für das Wahl- und Gattungs-

schuldverhältnis aufgenommen und so den Anschein erweckt, als ob zwischen beiden Verhältnissen doch nicht bloß ein Unterschied der Bezeichnung obwaltet, sondern das „innere Wesen" beider „auf ganz andern Grundlagen" beruht, so daß in der That die entsprechende Anwendung des §. 264, 2 auf das Gattungsschuldverhältnis und damit das Interesse des Spezifikationskaufs auf das lebhafteste gefährdet wird.

Aber mit Unrecht! Denn daß ein Wahlkauf „Stichus aut Pamphilus" unmöglich ist, wenn der Pamphilus schon dem Käufer gehört, ergiebt sich ja, wie wir soeben gesehen haben, auch wenn wir uns mit unserem Begriffsmerkmal begnügen, wozu also etwas in eine Begriffsbestimmung ausdrücklich hineinlegen, was sich aus ihr schon von selber ergiebt?

Auch darauf, daß das B.G.B. in einem Punkte, nämlich in der Frage nach der beschränkenden Wirkung der Wahl beziehungsweise Ausscheidung, Wahl und Gattungsschuldverhältnis verschieden behandelt, kann man keinen Gegenbeweis gründen. Vielmehr beweist die Thatsache, daß sowohl bei Gattungs- als auch bei Wahlschuldverhältnissen, wenn die übrigen zu der Gattung gehörigen oder wahlweise geschuldeten Sachen untergehen, die Gefahr der letzten von dem Gläubiger oder Nichtwahlberechtigten getragen wird[204]): daß das B.G.B. in der Aufstellung des Leitsatzes, von dem aus Lücken des Gesetzes zu ergänzen sind, der Wissenschaft freie Hand gelassen hat.

In den Punkten also, in denen das B.G.B. beide Verhältnisse nicht geregelt oder — und darauf kommt es uns an — in denen es eine Regelung nur für eins von beiden gegeben hat, dürfen wir, unserm Leitsatz folgend,

[204]) Vergl. §. 265 I und §. 279: „so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist."

beide Verhältnisse nach denselben Gesichtspunkten behandeln, beziehungsweise: die Regeln des einen auf das andere übertragen.

Wir haben so eine grundlegende Voraussetzung gewonnen, mit deren Hülfe wir unserem Aftergattungsschuldverhältnis zu Leibe gehen können.

Da unser Begriff „Gattung" sich als zu eng erwiesen hat, um auch unsere Aftergattung zu decken, so müssen wir ihn durch Fortlassung eines Begriffsmerkmals erweitern, natürlich desjenigen, welches der Aftergattung fehlt. So gewinnen wir den nächst höheren Begriff: „Zusammenfassung mehrerer Sachen" (aus der irgend jemand einzelne Sachen auswählen soll). Flugs schlüpft aber unter diesen Begriff auch die beim Wahlschuldverhältnis vorliegende Zusammenfassung[205]). Wir dürfen also aus diesem Oberbegriff Folgerungen ziehen nur für die Fragen, in denen die Regelung beider Verhältnisse die gleiche ist, oder — worauf es uns grade ankommt — in denen nur das eine Schuldverhältnis eine Regelung erfahren hat. In diesen Fällen aber dürfen wir die für das eine oder für beide Schuldverhältnisse gegebene Gesetzesbestimmung heraufholen und für jenen Oberbegriff anwenden, um sie — zu dem ebenfalls unter diesen Oberbegriff fallenden Aftergattungsschuldverhältnis herabsteigend — auch auf dieses zu übertragen.

---

[205]) Zu beachten ist, wie Goldschmidt §. 61 den Gegensatz zur species faßt: „Species ist der Gegenstand einer Verpflichtung überall, wo das Leistungsobjekt nicht durch eine Wahl des Gläubigers oder des Schuldners bestimmt werden soll, mag es bereits zur Zeit der Obligatio sein besonderes, von allen anderen Dingen unterscheidendes Dasein haben oder dasselbe erst durch ein zukünftiges Ereignis, den gedachten Fall der Wahl ausgenommen, erlangen".

Nun eröffnet §. 264, 2 für den Fall, daß der wahlberechtigte Gläubiger mit der Vornahme der Wahl im Verzuge ist, dem Schuldner fast denselben Weg, um die noch unbestimmte Leistung in eine bestimmte zu verwandeln, wie §. 375 H.G.B. für den Spezifikationskauf dem Verkäufer: dieser setzt dem bestimmungsberechtigten Gläubiger eine Frist, nach deren Ablauf das Bestimmungsrecht auf ihn übergeht.

Der wissenschaftlich allgemein als zulässig anerkannte Weg der Analogie giebt uns also die Möglichkeit, den §. 264, 2 durch Vermittelung unseres Oberbegriffs auf das Gattungs- und auf unser Aftergattungsschuldverhältnis zu übertragen.

Eine Probe auf die Haupt-Rechnung kann ich nicht machen, da ja das B.G.B. über den Spezifikationskauf nichts bestimmt, wohl aber kann ich für das Nebenergebnis, daß §. 264, 2 auch auf Gattungsschuldverhältnisse anzuwenden ist[206]), eine Analogie im Gesetze selber nachweisen.

§. 2155 regelt den Fall, daß „der Erblasser die vermachte[207]) Sache nur der Gattung nach bestimmt" hat, und sagt in Abs. 2: „Ist die Bestimmung der Sache dem Bedachten oder einem Dritten übertragen, so finden die nach §. 2154 für die Wahl des Dritten geltenden Vorschriften Anwendung"[208]). Dort heißt es in Abs. 2: „Kann der Dritte die Wahl nicht treffen, so geht das Wahlrecht auf den Beschwerten über. Das Gleiche gilt,

[206]) Bei einem Gattungsschuldverhältnis spricht RG. Bd. 29 S. 17 „unbedenklich" dem Verkäufer das Recht der Aussonderung zu, wenn der Käufer mit der Ausübung seines Rechts in Verzug gesetzt ist, beruft sich aber unzutreffend auf R.O.H.G. Bd. 24 S. 33. Vergl. hierüber Weber S. 78.

[207]) §. 2155 gilt auch für Auflagen, vergl. §. 2192.

[208]) Dies hat schon Papinian vertreten (l. 66 §. 3 D. de leg. II).

wenn das Nachlaßgericht dem Bedachten oder dem Dritten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist zur Abgabe der Erklärung bestimmt hat und die Frist verstrichen ist, sofern nicht vorher die Erklärung erfolgt."

Sehen wir von dem durch die besonderen Verhältnisse des Erbrechts gebotenen Eingreifen des Nachlaßgerichts ab, so ist die Regelung des Wahlvermächtnisses dieselbe, wie in §. 264, 2. Nun ist man bei der zweiten Lesung des B.G.B. eifrigst bemüht gewesen, auch im Ausdruck den Unterschied zwischen Wahl- und Gattungsschuldverhältnis bemerkbar zu machen: die Stellen im ersten Entwurf, in denen beim Gattungsschuldverhältnis von „auswählen" gesprochen wurde, sind verbessert worden[209]), um nur ja keinen Zweifel daran aufkommen zu lassen, daß die beiden Verhältnisse ihrem „inneren Wesen" nach grundverschieden sind — und doch passiert es demselben Gesetzgeber, daß sich an einer verschwiegenen Stelle des Erbrechts nicht etwa bloß eine zufällige Übereinstimmung einer Bezeichnung, sondern eine Übertragung der gesamten Vorschriften des einen Schuldverhältnisses auf das andere einschleicht — für uns ein gewichtiger Grund, die Regeln des Wahlschuldverhältnisses weiter auf unser Aftergattungsschuldverhältnis zu übertragen.

So gewinnen wir auch für das B.G.B. den Übergang des Spezifikationsrechts[210]) auf den Verkäufer mit dem einen kleinen Unterschied: daß nach H.G.B. der Verkäufer

[209]) Vergl. z. B. Entwurf I §. 213 mit B.G.B. §. 243 Protokolle I S. 285 Nr. 44.

[210]) Führt man den Gedanken, daß der Käufer zur Vornahme der Spezifikation sowohl berechtigt, als auch verpflichtet ist, folgerichtig durch, so muß man dem Verkäufer auch das Recht einräumen, nach §. 264, 1 zu verfahren, womit ihm aber nicht gedient ist, da er nach §. 264, 2 leichter und schneller zum Ziel kommt.

dem Käufer schon bei der Fristsetzung die von ihm getroffene Spezifikation mitteilt und diese dann durch den Ablauf der Frist maßgebend wird; daß dagegen im B.G.B. der Verkäufer seine Spezifikation erst nach Ablauf der Frist zu treffen braucht. Ich ziehe die Regelung des B.G.B. vor. Denn „warum den Verkäufer zwingen, eine Wahl zum voraus anzubieten, und ihn während der ganzen Frist daran gebunden zu halten, während sich doch vielleicht die Verhältnisse im Lauf der Frist sehr umgestalten und eine anderweitige Wahl als vorteilhafter erscheinen lassen“ [211])?

Überdies kommen wir auf diese Weise zu dem Ergebnis, daß beim Spezifikationskauf das B.G.B. strenger (d. h. dem Schuldner nachteiliger) ist als das H.G.B. Gegen diese Schwierigkeit weiß ich nicht zu helfen.

Drei Bemerkungen habe ich noch anzuschließen:

1) Von dem Wahlschuldverhältnis unterscheidet man die Wahlermächtigung, und zwar würde für den Spezifikationskauf in Frage kommen: die Wahlermächtigung des Gläubigers. Würde man diese im einzelnen Falle als vorliegend ansehen, so würde sich in unseren Betrachtungen manches ändern, z. B. bei der Klage auf die Gegenleistung (bei uns Mindestleistung). Ich halte es aber nicht für empfehlenswert, diese Unterscheidung zwischen der Wahlforderung und der Wahlermächtigung des Gläubigers für den Spezifikationskauf zu machen.

Das R.G. [212]) hat z. B. in einem Falle eine Wahlermächtigung angenommen, weil in dem Schlußschein Waren Ia Qualität als verkauft aufgeführt und nur am Rande auch die Preise für IIa Qualität bemerkt waren. Soll

[211]) Kohler, im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 13 S. 188. A. M. Weber S. 83.

[212]) Bd. 29 S. 17.

dieser Fall wirklich anders beurteilt werden, als der Regelfall, daß es im Schlußschein heißt: „ich verkaufe entweder Ia Qualität zu dem Preise oder IIa Qualität zu dem Preise, nach Wahl des Käufers?" Die „Intention" der Parteien dürfte in beiden Fällen dieselbe sein. Deshalb würde ich auch in dem erwähnten vom R.G. entschiedenen Fall einen gewöhnlichen Spezifikationskauf angenommen haben.

Das eine aber ist sicher: §. 264, 2 ist auch auf die Wahlermächtigung anzuwenden: der Verkäufer fordert demnach den Käufer auf, zu wählen. Dadurch[213]) kommt der Käufer in Verzug. Jetzt setzt er ihm eine Frist und fordert ihn noch einmal auf. Nach dem Ablaufe der Frist hat der Käufer das Recht verloren, an Stelle der eigentlichen Forderung aus dem Vertrage, die andere, ihm freigestellte, zu wählen; die erstere steht ihm jetzt allein zu, und der Schuldner weiß so, woran er ist.

2) Sowohl §. 375 H.G.B. als §. 264, 2 B.G.B. setzen voraus, daß der Käufer mit der Spezifikation im „Verzuge" ist. Ist damit Leistungs- oder Annahmeverzug gemeint? In §. 264, 2 sicher Annahmeverzug. Entsprechend in §. 315, wo es heißt: das Bestimmungsrecht geht auf den Richter über, wenn die Bestimmung verzögert wird[214]).

Im H.G.B. besagt §. 375, 1: der Käufer ist verpflichtet, die Bestimmung zu treffen; der Übergang des Bestimmungsrechts steht ferner im Absatz 2 unmittelbar neben den Rechten aus §. 326 B.G.B., also scheint der Übergang des Spezifikationsrechts nach H.G.B. im Gegensatz zum B.G.B. ein Verschulden[215]) vorauszusetzen. Wenn

[213]) Vergl. §. 296.

[214]) Planck zu §. 315 Anm. 4. Oertmann zu §. 315 Anm. 4a. Schollmeyer zu §. 315 Anm. 2 a. E.

[215]) Nicht genau! vgl. §. 285.

umgekehrt das H.G.B. die schärfere Regel aufstellte, so hätte der Unterschied beider Gesetzbücher einen Sinn. So aber giebt es nur zwei Wege: entweder man nimmt auch in §. 315 und §. 264, 2 B.G.B. Leistungsverzug oder umgekehrt auch im H.G.B. §. 375 Annahmeverzug an.

Ich ziehe den zweiten Weg vor. Denn das B.G.B. giebt in beiden Fällen Sätze von allgemeinerer Bedeutung als das H.G.B. im §. 375; wenn es also gilt, für alle drei Fälle eine Regelung zu treffen, so können hierfür nur die §§. 315 und 264, 2 des B.G.B. in Betracht kommen.

Über das sonderbare Ergebnis, daß im H.G.B. §. 375 der Käufer im ersten Absatz als verpflichtet behandelt wird, im zweiten Absatz durch Nichterfüllung dieser selben Pflicht in Annahmeverzug gerät, muß man sich hinwegsetzen. Zur Erklärung denke man daran, daß der Käufer zur Spezifikation berechtigt und verpflichtet ist, der Spezifikationsverzug also sowohl Annahme- als Leistungsverzug ist. Das Gesetz hat beide in der Anordnung nicht geschieden, es stellt im ersten Absatz eine Pflicht zur Spezifikation auf und verweist für den Fall des Verzuges mit dieser Pflicht den Verkäufer auf den §. 326 B.G.B. Daß die Spezifikation auch ein Recht des Käufers ist, braucht das Gesetz nicht erst zu sagen, wohl aber ist es wünschenswert gewesen, als eine besondere Folge des Annahmeverzuges den Übergang des Spezifikationsrechts auszusprechen. Am besten thut man freilich, wenn man den Übergang des Spezifikationsrechts als besonderes Recht des Verkäufers beim Spezifikationsverzug des Käufers den im Gesetz ausdrücklich angegebenen Rechten aus dem Leistungsverzuge und den als selbstverständlich übergangenen Rechten aus dem Annahmeverzug gegenüberstellt[216]).

[216]) So auch meine Anordnung des Stoffes, vgl. Weber S. 61, letzte Zeile.

3) Ist die Spezifikation des Verkäufers durch den Ablauf der dem Käufer zur Vornahme einer anderweitigen Spezifikation gesteckten Frist „maßgebend“[217]) geworden, so braucht der Verkäufer nicht mehr darauf einzugehen, wenn der Käufer sich nachträglich zur Spezifikation erbietet.

Hiervon macht das R.G.[218]) eine Ausnahme: „Spezifiziert der Käufer nachträglich zu einer Zeit, wo noch res integra ist und wo der Verkäufer ohne erhebliche Verletzung der eigenen Interessen nach Maßgabe dieser nachträglichen Spezifikation des Käufers anschaffen oder fabrizieren könnte, so handelt der Verkäufer wider Treue und Glauben, wenn er auf diese nachträgliche Spezifikation des Käufers nicht eingeht, bloß weil er einmal spezifiziert habe.“

Anderer Meinung sind Staub[219]) und Weber[220]); sie sagen: ist die Spezifikation des Verkäufers „maßgebend“ geworden, so hat der Verkäufer auch ein Recht darauf, daß sie maßgebend bleibt. Ihnen ist beizutreten. Eine Heilung des Spezifikationsverzuges ist nicht zuzulassen.

Nur in den seltenen Fällen, in denen die Ausübung dieses „Rechts“ wirklich nur den Zweck haben kann, den Käufer zu schädigen, ist der Verkäufer nach §. 226 B.G.B. verpflichtet, auch eine nachträgliche Spezifikation des Käufers zu berücksichtigen.

4.

Das Verhältnis der verschiedenen Rechte zu einander.

§. 11.

Über die Frage nach dem Verhältnis der verschiedenen dem Verkäufer beim Spezifikationsverzuge des Käufers zu-

---

[217]) §. 375 H.G.B.

[218]) Bd. 37 S. 30. Ebenso Marcus S. 47.

[219]) Zu §. 375 Anm. 10.

[220]) S. 83.

stehenden Rechte, darüber, ob der Verkäufer, wenn er eins geltend gemacht hat, wieder davon abgehen und ein anderes geltend machen kann: ist die eingehende Darstellung bei Staub zu §. 375 Anm. 17—22 zu vergleichen, ich habe ihr nichts hinzuzufügen.

IV.

Schluß.

§. 12.

Bei den letzten Erwägungen für das B.G.B. haben wir den Spezifikationskauf fast aus den Augen verloren, nicht als ob unsere Erwägungen nicht für ihn zuträfen, sondern insofern, als sie viel allgemeiner von der „Bestimmung der Leistung" beim Kauf oder Werklieferungsvertrag handelten. Wir kehren also zu der Frage zurück, auf die wir am Eingange stießen: sollen wir H.G.B. §. 375 seinem vollen Wortlaut nach anwenden? — nur daß wir diese Frage jetzt auch für das B.G.B. stellen müssen.

Wir haben gesehen, daß in der That die unter dem Namen „Spezifikationskauf" zusammengefaßten Fälle ein Gemeinsames haben. Wir haben einen Spezifikationskauf überall da angenommen, wo bei einem Gattungskauf (oder Werklieferungsvertrag) der Käufer die Untergattungen anzugeben hat, innerhalb deren der Verkäufer die Einzelsachen auszuscheiden hat. Aber mit der Einschränkung, daß erst das Rohmaterial hergestellt wird, und dieses dann zu den einzelnen Sorten oder Formen verarbeitet wird. Sehen wir von ihr ab, so können wir nicht mehr mit Sicherheit darauf rechnen, daß alle unsere Erwägungen noch zutreffen, z. B. ist dann ein Selbsthilfeverkauf nicht

zulässig, wenigstens nicht bei strenger Auslegung des Gesetzes. Aber für den entscheidenden Punkt: den Übergang des Bestimmungsrechts, dürfen wir den Begriff des Spezifikationskaufs weiter fassen und ihm z. B. auch folgenden Fall unterstellen, der dem R.G. vorgelegen hat:

„Die Beklagten hatten 150 Stück Tuch zu Preisen von 4,60 bis 6,10 Mk. je nach dem Muster bei dem Kläger bestellt; sie sollten nach dem Vertrage die Disposition über die anzufertigenden 150 Stück binnen einer bestimmten Frist treffen, und zwar hatten sie die Wahl zwischen ungefähr 260 Mustern, deren Preise gruppenweis abgestuft waren, teils aus der Sommerkollektion 1893, teils aus der Winterkollektion 1893/94“ [221]).

Weber [222]) will diesen Fall nach §. 264, 2 entscheiden, ihn also als gewöhnliches Wahlschuldverhältnis behandeln. Vom Standpunkt der herrschenden Lehre könnte man Bedenken tragen, da die Parteien sicher nicht die Vorstellung der Individuen (d. h. hier: der einzelnen Untergattungen) gehabt, sondern nur die (Ober-)Gattung näher bezeichnet haben, Bedenken, die für uns aber nicht bestehen. Im bürgerlichen Recht wird in der That §. 264, 2 anzuwenden sein, für das Handelsrecht aber würde ich den vorliegenden Fall unbedenklich dem §. 375 unterstellen. Ich mache demnach von der umfassenden Vollmacht, die §. 375 gewährt, Gebrauch und wende diesen Paragraphen zunächst auch in den erwähnten Fällen an, in denen bei einem Gattungskauf der Käufer die Untergattungen zu bestimmen hat, dann aber darüber hinaus in allen Fällen, in denen bei einem Kaufe oder Werklieferungsvertrage — gleichviel ob es sich um eine Einzelsache oder eine nur der Gattung nach be-

---

[221]) Nach R.G. Bd. 35 S. 1 ff.

[222]) S. 83.

stimmte Sache handelt — der Käufer oder Besteller die nähere Bestimmung der Leistung zu treffen hat, also nicht bloß beim „Spezifikationskauf im eigentlichen Sinne, sondern überhaupt beim „Bestimmungskauf“[223]). So wird dem Verkäufer ein wirksames Zwangsmittel in die Hand gegeben, den Käufer zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten.

Dem Schutze des Käufers dienen jedoch drei Schranken:

1) Der Verkäufer muß dem Käufer eine „angemessene“ Frist stecken. Hier bietet sich dem Richter die Möglichkeit, dem ohne Verschulden in Bestimmungsverzug[224]) geratenen Käufer zu Hilfe zu kommen, indem er als „angemessen“ nur die Frist ansieht, die unter den zufälligen, persönlichen Verhältnissen des Käufers angemessen ist.

2) Es wird zuzusehen sein, ob im einzelnen Falle, wenn scheinbar ein Gattungskauf zu Stande gekommen ist, bei dem nur noch die Untergattung zu bestimmen ist, wirklich schon ein bindender Vertrag vorliegt. Wenn nur „Weizen“ gekauft ist, und der Käufer die Menge zu bestimmen hat; oder der Käufer dem Schneider sagt: er werde „in den nächsten Tagen“ kommen und sich Maß zu „einem Anzuge“ nehmen lassen, so ist zweifellos von einem Übergange des „Bestimmungsrechts“ keine Rede. Die Abgrenzung wird freilich auf sehr große Schwierigkeiten stoßen. Diese aber rühren nicht aus einer wenig handlichen Begriffsbestimmung des Bestimmungskaufs her, sondern ergeben sich ganz allgemein bei der Frage nach der Abgrenzung bloßer Vorverhandlungen vom eigentlichen Vertrage.

---

[223]) Wie man mit Rücksicht auf §. 375 H.G.B. und §. 315 B.G.B. sagen muß.

[224]) Der, wie wir angenommen haben, ein Verschulden nicht voraussetzt.

Der Käufer hat sich z. B. zu einem Anzuge Maß nehmen lassen (Gattungsmerkmal: Form), den Stoff aber (das Untergattungsmerkmal) noch nicht bezeichnet. Soll der Verkäufer ihm eine Frist stecken dürfen, nach deren Ablauf die Auswahl des Stoffes auf ihn übergeht? Ja! Denn, hat der Käufer nur die Wahl, sagen wir zwischen zwei Stoffen, so geht sein Wahlrecht nach §. 264, 2 auf den Verkäufer über. Die größere Zahl von Stoffen, unter denen der Käufer zu wählen hat, kann aber keinen Unterschied begründen. Gegen eine rücksichtslose Ausnutzung des Bestimmungsrechts durch den Verkäufer richtet sich die dritte Schranke.

3) „Durch den Übergang des Bestimmungsrechts tritt selbstverständlich nicht ein Wechsel der Rollen in der Weise ein, daß an die Stelle der Willkür des einen nunmehr die des andern tritt. Vielmehr muß jetzt die Entscheidung nach billigem Ermessen getroffen werden, da mindestens das der Billigkeit entsprechende dem Käufer nach der Vertragsintention gewährt werden sollte“ [225]).

Gegen diese Meinung spricht freilich, daß nirgends von einer Beschränkung des Verkäufers in der Bestimmung die Rede ist: im H.G.B. §. 375 heißt es: der Verkäufer nimmt die Bestimmung statt des Käufers vor, im B.G.B. §. 264: das Wahlrecht geht auf den Gläubiger über. Deshalb kann, so möchte man schließen, §. 315 nicht in Betracht kommen. Nur im Zweifel ist die Leistung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Da der Käufer aber nach freiem Belieben sich entscheiden darf, so gilt das Gleiche auch für den in seine Stellung eintretenden Verkäufer.

Und doch pflichte ich Szkolny und Caro bei, und zwar leite ich die Einschränkung des Spezifikationsrechts

[225]) Szkolny und Caro zu §. 315.

aus H.G.B. §. 360 und B.G.B. §. 243 ab. — Bei einem Gattungsschuldverhältnis ist es klar, daß der Schuldner, falls der Gläubiger sein Ausscheidungsrecht durch Verzug verliert, genau so zu leisten hat, wie wenn er von vornherein auszuscheiden gehabt hätte[226]). Das Gleiche muß aber nach unserem Grundsatz, Gattungs- und Wahlschuldverhältnis gleich zu behandeln, auch für das letztere gelten.

Doch warum findet sich denn nicht ein dem §. 243 entsprechender Satz beim Wahlschuldverhältnis? — weil er in der Regel nicht nötig ist. Hier haben die Parteien eine Vorstellung von den Einzelsachen. Deswegen können sie sich überlegen, ob ihnen auch jede einzelne genau so viel wert ist wie die andere. Das Gattungsschuldverhältnis umfaßt aber regelmäßig viele Einzelsachen, unter ihnen zeigen sich natürlich Unterschiede. Zwar sagt man z. B.: zwei Menschen gleichen sich wie ein Ei dem andern, und doch macht der Handel bei Eiern Abstufungen im Preise, und selbst unter gleich teuren wird die vorsichtige Hausfrau immer wieder Unterschiede finden und sich daher aus der Kiste des Kaufmanns die gewünschten Eier selbst aussuchen[227]). Für Gattungsschuldverhältnisse hat also eine Vorschrift, daß im Zweifel „Sachen von mittlerer Art und Güte" zu leisten sind, (regelmäßig) einen Zweck.

Da wir aber den Grundsatz gewonnen haben, daß Wahl- und Gattungsschuldverhältnis gleich zu behandeln sind, so macht es uns gar keine Schwierigkeiten, in den Fällen, in denen eine Bestimmung wie die des §. 243, 1 auch für das Wahlschuldverhältnis einen „Zweck" hat, §. 243 auf dieses analog auszudehnen. Dies können wir beim Spezifikationskauf um so eher thun, als hier ja ein

---

[226]) R.G. bei Bolze Bd. 14 Nr. 442.

[227]) Karlowa S. 408.

Verhältnis vorliegt, das sehr viel mehr Ähnlichkeit mit einem Gattungs- als mit einem Wahlschuldverhältnis hat, auf das wir erst im Wege der Analogie §. 264, 2 übertragen haben [228]).

Die Frage, ob der Übergang des Bestimmungsrechts auch noch für andere Verträge als Kauf- und Werklieferungsvertrag anzunehmen ist, wage ich nicht allgemein zu beantworten.

Für den Werkvertrag würde ich sie bejahen und die §§. 642 und 643 auf die Fälle beschränken, in denen der Zwang zur Vornahme der „Handlung" einen wider die guten Sitten verstoßenden Eingriff in die persönliche Unversehrtheit bedeuten würde: z. B. darf niemand gezwungen werden, sich einen Zahn ziehen, aber auch nicht, sich Maß nehmen zu lassen.

Auf diese Weise wird auch der Gegensatz zwischen §. 642 und §. 649 auf eine kleinere Zahl von Fällen beschränkt. Schreibt z. B. der Kranke dem Arzt, der sein Gebiß auszubessern begonnen hat, „der Vertrag sei ihm leid geworden", so muß er nach §. 649 die vereinbarte (oder übliche) Vergütung entrichten. Erscheint er aber einfach nicht zur anberaumten Stunde, nimmt er also eine „zur Herstellung des Werks erforderliche Handlung" nicht vor, so braucht er nur eine „angemessene Entschädigung" zu gewähren.

Freilich kommt man mit unserer Auffassung in die umgekehrte Schwierigkeit: sagt nämlich in unserem Beispiel der Kranke oder überhaupt der Besteller, er kündige,

---

[228]) Das R.G. Bd. 37 S. 29, 30 sagt ohne weitere Begründung: der Verkäufer muß bei der Vornahme der Spezifikation „das Interesse des Käufers wahrnehmen, er darf nicht willkürlich spezifizieren."

so darf er dem Unternehmer nach §. 649, II anrechnen, was dieser an Aufwendungen erspart; läßt er aber nichts von sich hören, so hat er dies Recht nicht, sondern der Unternehmer stellt in diesem Falle ohne ihn[229]) das Werk her und fordert den vollen Preis. Also die umgekehrte Schwierigkeit — aber die umgekehrte und deshalb nicht so große. Hat der Kunde Pflichtgefühl, so schreibt er ab, so daß der Unternehmer weiß, woran er ist, und seinen Arbeitsplan einrichten kann, läßt er dagegen den Unternehmer in Ungewißheit, so „verdienen" — beide es, daß der Vertrag in vollem Umfange aufrecht erhalten wird.

Für den Werkvertrag erscheint mir also der Übergang des Bestimmungsrechts als das Angemessene. Es muß aber dahingestellt bleiben, ob er nicht in andern Fällen durch die besondere Natur des betreffenden Schuldverhältnisses ausgeschlossen wird. Z. B. muß der Dienstverpflichtete sich während der bedungenen Zeit zur Verfügung des Dienstberechtigten halten, er darf nicht etwa, wenn dieser ihm keine Weisung giebt, was er zu thun habe, seinerseits die „Bestimmung der Leistung" treffen — was er übrigens schon in seinem eigenen Interesse nicht thun würde.

[229]) Gemäß §. 264, 2.